

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ «ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»
МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

На правах рукопису

КРИЛОВ Максим Анатолійович

УДК 341.7.6:341.237

**РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ
ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ**

12.00.11 – міжнародне право

Подається на здобуття
наукового ступеня кандидата юридичних наук

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело

_____ М. А. Крилов

Науковий керівник
КІВАЛОВА Тетяна Сергіївна,
доктор юридичних наук, професор

Одеса – 2021

АНОТАЦІЯ

Крилов М. А. Розвиток інституту дипломатичного захисту фізичних та юридичних осіб. – На правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.11 – міжнародне право. – Національний університет «Одеська юридична академія», МОН України, Одеса, 2021.

Дисертація присвячена дослідженню становлення дипломатичного захисту як інституту сучасного міжнародного права.

У роботі простежено історію становлення інституту дипломатичного захисту, досліджено поняття інституту дипломатичного захисту; проаналізовані джерела інституту дипломатичного захисту; виявлені проблеми, що виникають при здійсненні дипломатичного захисту осіб, які мають подвійне громадянство, та осіб без громадянства; зроблений аналіз проєкту статей Комісії міжнародного права про дипломатичний захист.

Виокремлено державоцентристський підхід – як виключно дискреційне право держави на здійснення дипломатичного захисту, та антропоцентристський підхід до дипломатичного захисту, який передбачає позитивний обов'язок держави щодо надання дипломатичного захисту. Право держави – рішення здійснювати або не здійснювати дипломатичний захист, – традиційно вважається дискреційним. Жоден інструмент міжнародного права в минулому або сьогодні не встановлює міжнародне зобов'язання здійснювати дипломатичний захист з боку держави в інтересах своїх громадян; спосіб, яким держава здійснює такий захист, також залишається на її розсуд, і фізична особа не має міжнародних прав щодо позову. Держава може враховувати інтереси людини або навіть надавати їй відповідні права відповідно до свого національного законодавства, але на міжнародному рівні вона не зобов'язана це робити. Більш того, відмова громадянина від дипломатичного захисту після міжнародно-протиправного діяння, як вважається, не впливає на дискреційні повноваження держави здійснювати її проти волі такої особи. Проте в практиці держав, конституціях і доктрині висловлюється підтримка на користь

того, що держави мають не тільки право, а і юридичний обов'язок захищати своїх громадян за кордоном. Цей підхід суперечить традиційному уявленню. Однак він не може бути відкинутий, оскільки він відповідає головній меті сучасного міжнародного права – просуванню прав людини.

Проведено різницю між дипломатичним захистом як інститутом міжнародного права і дипломатичним захистом як інститутом внутрішньодержавного права: як інститут міжнародного права дипломатичний захист залишається дискреційним правом держави; з іншого боку, як інститут внутрішньодержавного права він передбачає позитивний обов'язок держава щодо захисту своїх громадян та юридичних осіб, а інколи й інших категорій осіб (особи без громадянства, біженці).

Обґрунтовано, що в основі дипломатичного захисту лежить компроміс між двома конфліктуючими принципами: персональним верховенством і територіальним верховенством держав. У зв'язку з цим було запропоновано авторське визначення дипломатичного захисту як комплексу заходів, визнаних згідно з міжнародним правом, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо своїх громадян з метою захисту своїх прав при дотриманні встановлених необхідних умов. Підкреслюється незаперечний зв'язок дипломатичного захисту з відповідальністю держави, оскільки необхідно виділити умови відповідальності іншої держави з точки зору атрибуції порушення прав іноземного громадянина, а також вичерпання внутрішніх механізмів захисту.

Доведено, що еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, отримали визнання одні або інші з них, однак основним принципом, що лежить в основі інституту дипломатичного захисту, є інтереси держави громадянства, з іншого боку, у міру їх розвитку, інші інтереси також враховувалися при формулюванні деяких правил дипломатичного захисту. Зокрема, не були проігноровані інтереси потерпілого іноземця, хоча часто стверджується, що формально

порушуються не права іноземця, а права держави громадянства. Той факт, що іноземець сам по собі залучений в ситуацію, привів до формування певних правил. Більш того, іноді віддають перевагу інтересам держави-відповідача, а не формальним правам держави громадянства або інтересам іноземця.

Відзначається, що розвиток правил дипломатичного захисту має тенденцію до зростання визнання інтересів потерпілого іноземця в забезпеченні міжнародного захисту. Разом з тим може бути висловлена думка, що помилково ігнорувати актуальність інтересів держави-відповідача – це підривало б одну з основ інституту дипломатичного захисту. Тому потрібно набагато більш збалансований підхід.

Зроблено висновок на користь того, що у зв'язку з розробкою норм, що стосуються захисту прав людини, акцент на дипломатичному захисті як захисної процедури змінився і приділяється особлива увага інтересам потерпілого іноземця. Існують доступні іноземцю процесуальні інструменти, які дозволяють йому забезпечити захист його матеріальних прав щодо поводження з ним як з іноземцем, які сьогодні еквівалентні правам людини, визнаним відповідно до звичаєвих норм міжнародного права або загальних принципів права. Можна стверджувати, що інтереси іноземця в силу значного правозахисного фактора отримують важливе місце в розробці норм дипломатичного захисту. Хоча дипломатичний захист можна розглядати як засіб сприяння міжнародного захисту прав людини, неможливо описати дипломатичний захист як індивідуальне право людини. В практиці держав, конституціях і доктрині висловлюється підтримка на користь того, що держави мають не тільки право, а і юридичний обов'язок захищати своїх громадян за кордоном. Цей підхід суперечить традиційному уявленню. Однак він не може бути відкинутий, оскільки він відповідає головній меті сучасного міжнародного права – просуванню прав людини.

Підкреслюється, що традиційно наявність громадянства є умовою для отримання особою захисту з боку держави громадянства. Саме цей зв'язок надає можливість здійснювати державі особисту юрисдикцію, що є основою

реалізації дипломатичного захисту.

За загальним правилом дипломатичний захист має право здійснювати тільки держава громадянства фізичної особи. Фізична особа, щодо якої держава здійснює дипломатичний захист, має бути громадянином цієї держави безперервно з дати заподіяння шкоди по дату офіційного пред'явлення вимоги в рамках дипломатичного захисту. Якщо держава спробує здійснити дипломатичний захист щодо фізичної особи, яка не має стійкого правового зв'язку з нею у вигляді громадянства, то інша держава або відповідний суд матимуть всі підстави відмовити в цих вимогах, не розглядаючи їх по суті. Комісія міжнародного права ООН визнала, що з цього загального правила є винятки – прийняті нею проекти статей передбачають можливість здійснення дипломатичного захисту державою в певних випадках щодо осіб без громадянства та біженців, які законно і зазвичай проживають у цій державі.

Отже, доведено, що роль громадянства в контексті дипломатичного захисту переглядається. Разом з тим громадянство й надалі залишається генеральною передумовою надання дипломатичного захисту з боку держави громадянства.

Зроблено висновок, що на сучасному етапі відбувається розширення зміст і уточнення умов надання дипломатичного захисту, зокрема, шляхом визнання і нормативного закріплення права на «делегований» захист, що сприяє в цілому посиленню гарантій забезпечення прав громадян за кордоном. В такому випадку не простежується безпосередній зв'язок особи з державою – у вигляді громадянства як політико-правового зв'язку особи з певною державою, – і супроводжується, з іншого боку, розширенням юрисдикційної компетенції держави, заснованої на державному суверенітеті, по здійсненню дипломатичного захисту: право на захист іноземців в цьому випадку впливає не з суверенітету держави, яка надає захист, а є похідним від права на захист держави, громадянами яких ці іноземці є. Разом з тим для підвищення ефективності права «делегованого» захисту важливо нормативно врегулювати

питання про обсяг і умови реалізації цього права.

Проаналізовано Проекти статей про дипломатичний захист, підготовлені Комісією міжнародного права ООН, які повністю відповідають традиційному погляду на правову природу цього інституту, закріплюючи, що «право дипломатичного захисту належить державі», і таким чином, Комісія міжнародного права ООН зробила серйозний недогляд в можливості узгодити дипломатичний захист з антропоорієнтованою еволюцією міжнародного права і тим самим послаблює роль дипломатичного захисту як засобу забезпечення дотримання прав людини.

Людиноорієнтована еволюція міжнародного права вплинула на традиційний погляд на дипломатичний захист. Традиційне розуміння дипломатичного захисту як дискреційного права держави сьогодні серйозно заперечується зростаючим визнанням міжнародним правом прав особистості. Сьогодні очевидно, що в основі дипломатичного захисту лежить не порушення права держави через своїх громадян, а реальне порушення індивідуальних прав таких громадян, що тягне за собою додаткове порушення прав держави. Держава повинна враховувати інтереси особи, що захищається, оцінюючи їх як перший крок перед прийняттям рішення про подачу позову, і, як мінімум, утримуватися від таких дій, коли це може завдати шкоди таким індивідуальним інтересам (про що може свідчити відмова людини від дипломатичного захисту після того, як їй буде завдано шкоди).

Обґрунтовується, що міжнародне право вже визнає існування певного обов'язку держави щодо здійснення дипломатичного захисту громадянина, якому завдано серйозної шкоди за кордоном.

Ключові слова: дипломатичний захист, дискреційне право, антропоорієнтована еволюція міжнародного права, делегований дипломатичний захист, Комісія міжнародного права ООН, вичерпання місцевих засобів захисту, права людини.

ANNOTATION

Krylov M. A. Development of the institute of diplomatic protection of individuals and legal entities. – Manuscript.

Thesis for a PhD degree in the speciality 12.00.11 – International law. - National University “Odessa Law Academy”, Ministry of Education and Science of Ukraine, Odessa, 2021.

The dissertation is devoted to the study of the development of diplomatic protection as an institution of modern international law.

The work traces the history of the formation of the institute of diplomatic protection, investigates the concept of the institute of diplomatic protection; analyzed the sources of the institute of diplomatic protection; identifies the problems arising in the implementation of diplomatic protection of persons with dual citizenship and stateless persons; analyses the UN International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection.

The paper substantiates the place of the group of norms of diplomatic protection in the system of international law as an independent institution of intersectoral (complex) nature with emphasis on the presence of norms of this institution, in particular, in the fields of diplomatic and consular law (foreign relations law), international human rights law and the law of international responsibility of states; an attempt is made to study the question of the interaction of international norms of diplomatic protection with domestic law. Also, the author analyzes the trends and features of the provision of protection and assistance by the diplomatic missions of third countries, in particular, within the framework of integration entities.

The international legal system has undergone significant changes in recent decades, especially concerning substantive and procedural rights granted to individuals under international law. However, these developments not only do not replace or make diplomatic protection an obsolete institute, as some scholars and politicians have argued, but have revived the importance of diplomatic protection as a means of protecting such individual rights and challenged the traditional notions

underlying such a mechanism.

The paper highlights the state-centric approach – as the sole discretion of the state to exercise diplomatic protection, and the anthropocentric approach to diplomatic protection, which provides a positive obligation of the state on diplomatic protection. The right of the state – the decision to exercise or not to exercise diplomatic protection – is traditionally considered discretionary. No instrument of international law in the past or today establishes an international obligation to exercise diplomatic protection by a state in the interests of its citizens; the manner in which the state exercises such protection is also at its discretion, and the individual has no international rights to sue. The state may take into account the interests of the person or even grant him the relevant rights under its national law, but at the international level, it is not obliged to do so. Moreover, a citizen's refusal of diplomatic protection after an internationally wrongful act is not considered to affect the state's discretion to exercise it against the will of such a person. However, the practice of states, constitutions and doctrine supports the fact that states have not only the right but also the legal obligation to protect their citizens abroad. This approach contradicts the traditional notion. However, it cannot be rejected because it meets the main goal of modern international law – the promotion of human rights.

A distinction is made between diplomatic protection as an institution of international law and diplomatic protection as an institution of domestic law: as an institution of international law, diplomatic protection remains a discretionary right of the state; on the other hand, as an institution of domestic law, it presupposes a positive obligation of the state to protect its citizens and legal entities, and sometimes other categories of persons (stateless persons, refugees).

It is substantiated that diplomatic protection is based on a compromise between two conflicting principles: personal supremacy and territorial supremacy of states. In this regard, the author's definition of diplomatic protection was proposed as a set of measures recognized under international law, through which the state acts in an expanded jurisdiction over its citizens in order to protect their rights under the necessary conditions. The indisputable connection of diplomatic protection with the

responsibility of the state is emphasized, as it is necessary to distinguish the conditions of responsibility of another state from the point of view of attribution of violation of the rights of a foreign citizen, as well as the exhaustion of internal protection mechanisms.

It is proved that the evolution of the rules concerning diplomatic protection shows that in the process of formation of the rules of diplomatic protection different, sometimes competing interests were taken into account, some or other of them were recognized, but the main principle underlying the institution of diplomatic protection is the interests of the state of citizenship, on the other hand, other interests were also taken into account when formulating some rules of diplomatic protection. In particular, the interests of the injured foreigner have not been ignored, although it is often argued that it is not the rights of the foreigner that are formally violated, but the rights of the state of citizenship. The fact that the foreigner himself is involved in the situation, led to the formation of certain rules. Moreover, they sometimes prefer the interests of the respondent State to the formal rights of the State of nationality or the interests of the foreigner.

It is noted that the development of the rules of diplomatic protection tends to increase the recognition of the interests of the injured foreigner in providing international protection. At the same time, it can be argued that ignoring the urgency of the interests of the respondent State would undermine one of the foundations of the institution of diplomatic protection. Therefore, a much more balanced approach is needed.

It is concluded that due to the development of norms concerning the protection of human rights, the emphasis on diplomatic protection as a protective procedure has changed and special attention is paid to the interests of the injured foreigner. There are procedural tools available to a foreigner that allow him to ensure the protection of his substantive rights to be treated as a foreigner, which today are equivalent to human rights recognized under customary international law or general principles of law. It can be argued that the interests of a foreigner due to a significant human rights factor play an important role in the development of norms of diplomatic protection.

Although diplomatic protection can be seen as a means of promoting international human rights protection, it is impossible to describe diplomatic protection as an individual human right. The practice of states, constitutions and doctrines supports the fact that states have not only the right but also the legal obligation to protect their citizens abroad. This approach contradicts the traditional notion. However, it cannot be rejected because it meets the main goal of modern international law – the promotion of human rights.

It is emphasized that traditionally the presence of citizenship is a condition for a person to receive protection from the state of citizenship. It is this connection that enables the state to exercise personal jurisdiction, which is the basis for the implementation of diplomatic protection. As a general rule, diplomatic protection has the right to exercise only the state of citizenship of an individual. An individual subject to diplomatic protection by a State shall be a national of that State continuously from the date of the infliction of harm until the date of the formal filing of the diplomatic protection claim. If a state seeks diplomatic protection against an individual who does not have a stable legal relationship with him or her in the form of citizenship, another state or the relevant court will have every reason to deny these claims without considering them on the merits. The UN Commission on International Law has recognized that there are exceptions to this general rule – the draft articles it adopts provide for the possibility of diplomatic protection by the State in certain cases against stateless persons and refugees legally and habitually residing in that State. Thus, it has been proven that the role of citizenship in the context of diplomatic protection is being reconsidered. At the same time, citizenship remains a general precondition for the provision of diplomatic protection by the state of citizenship.

It is concluded that at the present stage the content and clarification of the conditions for granting diplomatic protection is being expanded, in particular, through the recognition and normative consolidation of the right to “delegated” protection, which generally strengthens guarantees of citizens’ rights abroad. In this case, there is no direct connection of a person with the state – in the form of

citizenship as a political and legal connection of a person with a particular state – and the right to protection of foreigners, in this case, does not derive from the sovereignty of the state providing protection, but is derived from the right to protection of the state of which these foreigners are citizens. However, to increase the effectiveness of the right of “delegated” protection, it is important to regulate the scope and conditions of this right.

The Draft Articles on diplomatic protection prepared by the UN Commission on International Law, which fully correspond to the traditional view of the legal nature of this institution, stipulating that “the right to diplomatic protection belongs to the state”, and thus the UN International Law Commission made a serious oversight in the possibility of reconciling diplomatic protection. protection with the anthropo-oriented evolution of international law and thus weakens the role of diplomatic protection as a means of ensuring respect for human rights.

The human-oriented evolution of international law has influenced the traditional view of diplomatic protection. The traditional understanding of diplomatic protection as a discretionary right of the state is today seriously challenged by the growing recognition of international human rights law. Today it is obvious that the basis of diplomatic protection is not a violation of the law of the state through its citizens, but a real violation of the individual rights of such citizens, which entails an additional violation of the rights of the state. The state should take into account the interests of the protected person, assessing them as a first step before deciding to file a lawsuit, and at least refrain from such actions when it could harm such individual interests (as evidenced by a person’s refusal of diplomatic protection after how it will be harmed).

It is argued that international law already recognizes the existence of a state obligation to provide diplomatic protection to a citizen who has been seriously harmed abroad.

Key words: diplomatic protection, discretionary law, the anthropo-oriented evolution of international law, delegated diplomatic protection, the UN International Law Commission, the exhaustion of local remedies, human rights.

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ:

Статті у наукових фахових виданнях

1. Крилов М. А. Становлення та розвиток інституту дипломатичного захисту (крізь інституційні механізми ліги націй та ООН). *Правова держава*. 2020. № 38. С. 162-169.
2. Крилов М. А. Дипломатичний захист: загальні правила щодо юридичних осіб. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2017. № 44. Том 2. С. 152-154.
3. Крилов М. А. Категорія «громадянства» як передумова дипломатичного захисту. *Правова держава*. 2017. № 26. С. 179-184.
4. Крилов М. А. Огляд міжнародної судової практики у сфері дипломатичного захисту. *Право і суспільство*. 2017. № 4. Ч. 2. С. 216-220.
5. Крилов М. А. Щодо змісту поняття дипломатичного захисту. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 259-262.
6. Крилов М. А. Особливості дипломатичного захисту членів екіпажу морського судна. *Альманах міжнародного права*. 2017. № 17. С. 109-114.

Статті в іноземних виданнях

7. Крилов М. А. Антропоорієнтована еволюція міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 6. С. 226-231.
8. Krylov M. A. Some Issues on the Exercising of Diplomatic Protection in the Practice of the International Court of Justice: the Nottebohm Case. *Leges et Viata*. 2017. № 9/2. С. 73-76.

Публікації апробаційного характеру

9. Крылов М. А. Функциональная характеристика института дипломатической защиты. *Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку: матеріали науково-практичної заочної конференції (м. Одеса, 20 травня 2020 р.)*. Херсон: «Гельветика», 2020. С. 88-92.
10. Крылов М.А. Особенности и условия осуществления дипломатической защиты юридических лиц. *Актуальні питання розвитку*

юридичної науки та практики: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (18 травня 2018 р.). В 2-х томах. Том 1. К., 2018. С. 64-66.

11. Крылов М.А. Общие условия дипломатической защиты юридических лиц. *Современное состояние и тенденция развития законодательства Республики Таджикистан и стран СНГ*. Материалы Четвертой Международной научной студенческой конференции, посвященной Году молодежи (Душанбе, 28 апреля 2017 г.). Душанбе РТСУ, 2017. С. 307-309.

12. Крылов М. А. Дипломатическая защита в системе защиты прав человека. *Традиции и инновации в праве: материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию юрид. фак. и 50-летию Полоц. гос. ун-та, Новополоцк, 6–7 окт. 2017 г.: в 3 т.* Новополоцк: Полоцкий государственный университет, 2017. Т. 1. С. 236-238.

13. Крилов М. А. Стадії дипломатичного захисту. *Актуальні питання державотворення в Україні: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2017 р.)* В 2-х томах. Том 1. К.: ВПЦ «Київський університет», 2017. С. 156-157.

14. Крылов М. А. Институт дипломатической защиты в системе международного права. *Проблемы становления гражданского общества : сборник статей V Международной научной студенческой конференции, Иркутск, 24 марта 2017 г.* Иркутск, 2017. Часть I. С. 152-154.

15. Крилов М. А. Дипломатичний захист у документах та проєктах міжнародних організацій. *Актуальні проблеми міжнародних відносин: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів і молодих вчених.* Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин, 2016. Ч. 1. С. 108-111.

16. Крилов М. А. Теоретичні підходи до поняття «дипломатичний захист». *Міжнародне право: De lege praeterita, instante, futura: Матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 25 листопада 2016 р.).* Одеса, 2016. С. 94-97.

ЗМІСТ

ВСТУП.....	15
РОЗДІЛ 1. ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ	26
1.1. Зародження інституту дипломатичного захисту	26
1.2. Розвиток інституту дипломатичного захисту через інституційні механізми Ліги Націй і Організації Об'єднаних Націй.....	42
1.3. Робота Комісії міжнародного права ООН з питань кодифікації правил дипломатичного захисту	54
РОЗДІЛ 2. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ КОНЦЕПЦІЇ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ	65
2.1. Поняття дипломатичного захисту	65
2.2. Відмежування дипломатичного захисту від інших понять	81
2.3. Правова природа та сутність дипломатичного захисту	97
2.3.1. Зіткнення інтересів в дипломатичному захисті	97
2.3.2. Дипломатичний захист: право чи обов'язок держави?	107
2.4. Антропоорієнтована еволюція міжнародної правової системи та її вплив на сутність дипломатичного захисту	124
РОЗДІЛ 3. УМОВИ ЗДІЙСНЕННЯ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ .	149
3.1. Порухення норм міжнародного права як підстава здійснення дипломатичного захисту	149
3.2. Категорія «громадянство» як передумова дипломатичного захисту	160
3.3. Особливості дипломатичного захисту інтересів юридичних осіб	174
3.4. Засоби та заходи здійснення дипломатичного захисту	188
3.5. Поняття та умови надання «делегованого» дипломатичного захисту ...	201
ВИСНОВКИ	209
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ	214
ДОДАТКИ.....	237

ВСТУП

Обґрунтування вибору теми дослідження. Право дипломатичного захисту формувалося як частина міжнародного права задовго до Вестфальського миру (1648 р.), який породив національну державу і сучасне міжнародне право. Порівняно недавно – тільки на початку XIX століття – дипломатичний захист утвердився у сфері міжнародного права і практики як самостійний інститут. Виникнення і становлення цього інституту для всіх практичних цілей збіглося, зокрема, з набуттям незалежності колоніями європейських держав (головним чином, Іспанії) в Латинській Америці. Але практичні умови, які сприяли його становленню і розвитку, не проявилися в повну силу до цього часу і навіть через деякий час.

Ще з XVIII століття основним засобом міжнародного захисту іноземців було звернення до дипломатичного захисту. Такий захист *stricto sensu* розуміється як засіб реалізації відповідальності держави та традиційно знаходить своє теоретичне обґрунтування в працях Еммеріха де Ваттеля, який заявив, що: «той, хто погано ставиться до громадянина, побічно завдає шкоди державі, яка має захищати цього громадянина».

На початку XX століття дипломатичний захист був зосереджений в основному на інвестиційних правах і економічних інтересах іноземців і здійснювався здебільшого могутніми державами-інвесторами, що призвело до численних зловживань. З цієї причини країни, що розвиваються, особливо латиноамериканські, рішуче відреагували на нього, зробивши безуспішні спроби нейтралізувати його наслідки (такі як застереження Кальво і доктрина Драго), а також різко критикували його, про що свідчить часто цитований уривок окремої думки судді Падилла Нерво у справі «Барселона Трекшн»: «Історія відповідальності держав щодо поводження з іноземними громадянами – це історія зловживань, незаконного втручання у внутрішню юрисдикцію слабших держав, несправедливих вимог, погроз і навіть військової агресії під прапором здійснення прав на захист і накладення санкцій

з метою змусити уряд провести необхідні відшкодування».

Ймовірно, внаслідок цієї різкої критики в другій половині ХХ століття дипломатичний захист опинився у свого роду науковому забутті, поступившись місцем аналізу альтернативних механізмів захисту іноземців, які вважалися менш схильними до зловживань з боку могутніх держав. За словами Кондореллі: «Дипломатичний захист, який раніше був центральним інститутом системи міждержавних відносин, сьогодні зазвичай сприймається як свого роду застарілий інструмент, який зараз рідко використовується і, безсумнівно, дуже скоро приречений на остаточне зберігання на горищі концепцій минулих років. Більш того, це інструмент, який давно викликає сувору і пристрасну критику з боку тих, хто аналізує його як засіб, наданий в руки багатих країн, що дозволяє їм на законних підставах втручатися у внутрішні справи інших держав і зазіхати на їх суверенітет. Тепер існують інші, менш сумнівні механізми» [130, с. 3–28].

В останні десятиліття міжнародно-правова система зазнала значних змін, особливо щодо матеріальних і процесуальних прав, наданих фізичним особам за міжнародним правом. Тим не менше, ці події не тільки не замінюють або не роблять дипломатичний захист застарілим інститутом, як стверджували деякі вчені та політики, але насправді відродили важливість дипломатичного захисту як засобу захисту індивідуальних прав і кинули виклик традиційним уявленням, що лежать в основі такого механізму.

До теперішнього часу дипломатичний захист залишався у сфері звичаєвого міжнародного права. Його звичаєва природа була вперше заявлена Постійною палатою міжнародного правосуддя в Справі про Палестинські концесії Мавроматіс, в якій було визнано, що: «*Елементарним принципом міжнародного права є те, що державі надано право здійснювати захист своїх підданих, коли їм наноситься збиток діями іншої держави, які суперечать нормам міжнародного права і від яких ці піддані не змогли отримати задоволення звичайними засобами*».

Підтверджуючи його актуальність, Комісія міжнародного права

Організації Об'єднаних Націй відновила свою роботу з кодифікації та «прогресивного розвитку» цієї теми «з метою запобігання зловживань дискреційними повноваженнями іноземної держави з надання дипломатичного захисту». Беручи до уваги еволюцію міжнародно-правової системи, Комісія міжнародного права ООН погодилася в процесі кодифікації «враховувати розвиток міжнародного права з метою більш широкого визнання і захисту прав окремих осіб і надання їм більш прямого і непрямого доступу до міжнародних форумів для захисту своїх прав». Однак вважаємо, що ця мета була досягнута лише частково у зводі проєктів статей про дипломатичний захист, прийнятих Комісією міжнародного права ООН в першому читанні у 2004 році («Перше читання статей проєкту»).

З огляду на те, що дипломатичний захист є невіддільною частиною міжнародного права про відповідальність держав, *механізмом або процедурою залучення відповідальності держави* і, отже, засобом її здійснення або приведення в дію, перші проєкти статей були підготовлені в рамках проєктів статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні дії, прийняті Комісією міжнародного права ООН у 2001 році. Дійсно, часто стверджується, що роздільна кодифікація цих двох тем була чисто практичною, «скоріше заради закінчення кодифікації цього предмета [відповідальності держави], ніж з переконливих доктринальних міркувань». У цьому сенсі підтримка державою претензій свого громадянина за допомогою дипломатичного захисту насправді є «троянським конем», який виводить спір на міжнародну арену і робить застосовуваними до спору, крім спеціальних правил дипломатичного захисту, правила, які стосуються відповідальності держави в цілому.

В цілому справедливо сказати, що актуальність проведення цього дослідження зумовлюється ще й тим, що статус дипломатичного захисту окремих осіб відповідно до звичаєвого міжнародного права сьогодні не той, що був кілька років тому. Сьогодні дипломатичний захист стикається з новими проблемами еволюції міжнародної правової системи, в основному в тому, що

стосується індивідуальних прав людини, у зв'язку з чим, на наш погляд, традиційна доктрина, відбита в проєктах статей Комісії міжнародного права ООН про дипломатичний захист вимагає серйозної адаптації для задоволення сучасних *антропоорієнтованих* потреб міжнародної правової системи.

Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами. Робота виконана на кафедрі міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія» відповідно до плану науково-дослідної програми Національного університету «Одеська юридична академія» «Теоретичні та практичні проблеми забезпечення сталого розвитку української державності та права» (державний реєстраційний номер 011U0006H) на 2011-2015 рр. та «Стратегія інтеграційного розвитку України: правовий та культурний вимір» (державний реєстраційний номер 0116U001842) на 2016-2020 рр.

Мета і завдання дослідження. Метою цієї роботи є розкриття і розгляд розвитку умов здійснення дипломатичного захисту власних громадян та юридичних осіб, права яких були порушені з боку іншої держави.

Зазначена мета зумовила постановку і вирішення наступних **завдань**:

- висвітлити історію розвитку норм про дипломатичний захист і становлення його як інституту сучасного міжнародного права;
- встановити джерела інституту дипломатичного захисту;
- провести аналіз проєкту статей Комісії міжнародного права ООН про дипломатичний захист;
- розкрити суть і зміст дипломатичного захисту як інституту сучасного міжнародного права;
- встановити основні інтереси, що лежать в основі дипломатичного захисту, а також розглянути фактор прав людини, що вплинули на еволюцію норм дипломатичного захисту;
- визначити механізми, що не охоплюються концепцією дипломатичного захисту;
- висвітлити дискусію про обов'язок або відсутності обов'язку держави

громадянства з надання дипломатичного захисту власним громадянам та юридичним особам за кордоном;

- охарактеризувати антропоорієнтовану еволюцію міжнародної правової системи та розкрити її вплив на сутність дипломатичного захисту;
- розглянути громадянство як умову здійснення дипломатичного захисту; виявити проблеми, що виникають при здійсненні дипломатичного захисту осіб, які мають подвійне громадянство, та осіб без громадянства;
- розкрити особливості дипломатичного захисту юридичних осіб;
- систематизувати засоби та заходи здійснення дипломатичного захисту;
- розкрити поняття та умови надання делегованого дипломатичного захисту.

Об’єктом дослідження є міжнародні відносини, що виникають у зв’язку з дипломатичним захистом фізичних та юридичних осіб, права або майно яких стали об’єктом міжнародного правопорушення з боку іншої держави.

Предмет дослідження – розвиток інституту дипломатичного захисту фізичних та юридичних осіб.

Методи дослідження. Тема дослідження, його мета та завдання, специфіка об’єкта і предмета визначили його методологічну основу. Використання історичного та діалектичного методів дало змогу проаналізувати різні етапи становлення норм про дипломатичний захист та формування його як інституту міжнародного права (підрозділи 1.1, 1.2, 1.3). На основі системного методу було розглянуто зміст концепції дипломатичного захисту, його співвідношення з іншими поняттями (підрозділ 2.1, 2.2, 2.3). Формально-юридичний метод використовувався для правового аналізу положень міжнародно-правових актів, які регулюють порядок здійснення дипломатичного захисту (підрозділи 2.3, 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5), а також аналізу нормативно-правових актів України та інших держав, що регулюють процедуру дипломатичного захисту (підрозділи 2.3.1). Метод

прогнозування використовувався при розгляді впливу антропоорієнтованої еволюції міжнародної правової системи на сутність дипломатичного захисту (підрозділ 2.4). Знайшли у роботі своє відбиття й такі логічні прийоми наукового пізнання, як: індукція, дедукція, аналогія, абстрагування і конкретизація (розділи 1, 2, 3).

Що стосується літератури, то після знаменитої роботи Е. де Ваттеля середини XVIII століття, питанню дипломатичного захисту приділялося дуже мало уваги аж до кінця XIX століття.

Важливою віхою дослідження права дипломатичного захисту стала опублікована в 1915 році робота Е. Бочарда «Дипломатичний захист громадян за кордоном» (*Brochard's Diplomatic Protection of Citizens Abroad*). З цієї роботи питання відповідальності держав за шкоду іноземцям, включаючи дипломатичний захист іноземців, які іноді асоціюються з нормами про відповідальність держав в цілому і зокрема, стали предметом висвітлення в літературі з міжнародного права.

Теоретичну основу дослідження становлять праці вітчизняних і закордонних представників науки міжнародного права та інших наук, які прямо та опосередковано розглядали різноманітні питання дипломатичного захисту та досліджували окремі сторони його міжнародно-правової характеристики, серед яких: О. А. Альонкіна, Дж. Амадора, Ч. Ф. Амерасінгха, С. С. Андрейченко, М. Беннона, І. П. Бліщенко, М. М. Богуславського, Е. Борчарда, Г. Бріггса, Я. Броунлі, В. Г. Буткевича, Е. де Ваттеля, П. Вейса, А. Дульської, В. В. Єпіфанова, О. В. Задорожнього, Г. Задорожньої, Р. А. Колодкіна, Л. Кондореллі, Д. П. О'Коннелла, Дж. Кроуфорда, Р. Б. Лілліча, І. І. Лукашука, В. В. Мицика, Л. Оппенгейма, В. М. Репецького, Ж. П. Ріттера, К. К. Сандровського, О. В. Святуну, Б. Сена, Ш. Д. Содікова, Е. Уайлера, Є. Т. Усенко, С. В. Черніченко В. О. Шкілевич та ін.

Нормативну основу дослідження становлять міжнародно-правові акти, міжнародно-правові звичаї, рішення міжнародних судів, акти національного законодавства України та закордонних держав.

Особливу увагу в роботі приділяється розгляду судових рішень, оскільки вони також створюють і відображають практику держав, що породжує звичаєве право і загальні принципи права, які є основними джерелами права дипломатичного захисту.

Наукова новизна одержаних результатів полягає в тому, що пропонована дисертація є першим в Україні монографічним дослідженням розвиток інституту дипломатичного захисту в міжнародному праві, у якому, зокрема:

уперше:

1) виокремлено *державоцентриський підхід* – як виключно дискреційне право держави на здійснення дипломатичного захисту, та *антропоцентриський підхід до дипломатичного захисту*, який передбачає позитивний обов'язок держави щодо надання дипломатичного захисту;

2) обґрунтовано, що в основі дипломатичного захисту лежить компроміс між двома конфліктуючими принципами: персональним верховенством і територіальним верховенством держав. У зв'язку з цим було запропоновано *авторське визначення дипломатичного захисту як комплексу заходів, визнаних згідно з міжнародним правом, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо своїх фізичних та юридичних осіб з метою захисту своїх прав при дотриманні встановлених необхідних умов*;

3) доведено, що еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, однак основними є інтереси держави громадянства. У міру розвитку правил дипломатичного захисту були відбиті інтереси потерпілого іноземця, а також інтереси держави-відповідача (наприклад, правила про вичерпання місцевих засобів захисту);

4) здійснено функціональну характеристику інституту дипломатичного захисту, відповідно до якої реалізується відповідальність держави, що впливає із порушення нею особистих прав або власності іноземців (тобто як процесуального інституту); з іншого боку, є основою для вжиття комплексу

заходів, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо своїх громадян з метою захисту своїх прав (тобто як матеріального інституту);

5) проаналізовано Проекти статей про дипломатичний захист, підготовлені Комісією міжнародного права ООН, які повністю відповідають традиційному погляду на правову природу цього інституту, закріплюючи, що «право дипломатичного захисту належить державі», і, таким чином, Комісія міжнародного права ООН зробила серйозний недогляд в можливості узгодити дипломатичний захист з антропоорієнтованою еволюцією міжнародного права і тим самим послаблює роль дипломатичного захисту як засобу забезпечення дотримання прав людини;

удосконалено:

6) тезу, що дипломатичний захист можна розглядати як публічний інтерес держави, в основі якого лежить юридична фікція, згідно з якою шкода, заподіяна фізичній або юридичній особі, вважається шкодою, завданою державі цієї особи;

7) характеристику незаперечного зв'язку дипломатичного захисту з відповідальністю держави, оскільки необхідно виділити умови відповідальності іншої держави з точки зору атрибуції порушення прав іноземного громадянина, а також вичерпання внутрішніх механізмів захисту;

8) періодизацію становлення інституту дипломатичного захисту – за критерієм еволюції його від як виключно дискреційного права держави до визнання (*de lege ferenda* і *de lege lata*) позитивного зобов'язання держави щодо його здійснення;

9) обґрунтування, що міжнародне право вже визнає існування певного обов'язку держави щодо здійснення дипломатичного захисту громадянина, якому завдано серйозної шкоди за кордоном. Якщо звичаєве міжнародне право ще не досягло такого етапу розвитку, то підпункт (а) статті 19 Проекту статей про дипломатичний захист (ст. 19 «Рекомендована практика») слід розглядати як прогресивний розвиток права дипломатичного захисту;

набули подальшого розвитку:

10) положення щодо основних попередніх умов здійснення дипломатичного захисту, без дотримання яких здійснення дипломатичного захисту неможливо в силу юридичної природи цього явища або воно буде вважатися неправомірним: 1) наявність міжнародно-протиправного діяння, яким заподіюється шкода особі, яка перебуває на території іноземної держави; 2) вичерпання національних засобів правового захисту постраждалою особою на території держави перебування, де їй заподіяно шкоду; 3) наявність юридичного зв'язку між державою-заявником і постраждалою особою;

11) традиційне уявлення про дискреційний характер здійснення державою дипломатичного захисту, що несумісне з визнанням пріоритету прав людини, які лежать в основі дипломатичного захисту. З огляду на обмежений доступ окремих осіб до міжнародних судів і неефективність багатьох з таких прямих механізмів, держава повинна нести обов'язок захищати такого громадянина і діяти від його імені, коли його права порушуються (що дає реальне право на дипломатичний захист потерпілого);

12) розуміння дуалістичної (з точки зору того, чи це є правом або обов'язком держави) юридичної природи дипломатичного захисту: *за міжнародним правом* здійснення дипломатичного захисту є дискреційним правом держави; *за внутрішньодержавним правом* держава зобов'язана здійснювати дипломатичний захист своїх громадян, що випливає з правового зв'язку держави і громадянина (громадянства), а щодо інших категорій осіб (особи без громадянства, біженці) – це право держави, оскільки в цьому випадку такий стійкий правовий зв'язок як громадянство відсутній, однак держава має право зафіксувати у внутрішньому законодавстві свій обов'язок надавати такий захист цим категоріям осіб;

13) систематизація заходів і способів дипломатичного захисту, конкретний вибір яких визначається, зокрема, характером відносин між державами, ризиком загострення і погіршення відносин між державами, загальним членством з державою-заподіювачем шкоди в міжнародних організаціях та іншими факторами.

Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що основні положення, висновки та рекомендації дослідження можуть бути використані у: *науково-дослідній сфері* – для подальшого вивчення інституту дипломатичного захисту; *навчальному процесі* – для вдосконалення навчальних дисциплін «Міжнародне право», «Дипломатичне та консульське право», «Право зовнішніх зносин», а також для підготовки підручників, навчальних посібників, навчальних програм, навчально-методичних матеріалів для студентів спеціальностей «Правознавство» та «Міжнародне право»; *правотворчій діяльності* – під час розробки нових та внесення змін до чинних міжнародних та національних нормативно-правових актів, які регламентують порядок здійснення дипломатичного захисту.

Апробація результатів дисертації. Дисертацію виконано на кафедрі міжнародного та європейського права Національного університету «Одеська юридична академія» і обговорено на засіданнях кафедри. Також основні теоретичні та практичні положення і висновки дисертаційного дослідження доповідалися на: Міжнародній науково-практичній конференції «Міжнародне право: *De lege praeterita, instante, futura*» (Одеса, 25 листопада 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції студентів, аспірантів і молодих вчених «Актуальні проблеми міжнародних відносин» (Київ, 2016 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Проблеми становлення громадянського суспільства» (Іркутськ, 24 березня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання державотворення в Україні» (Київ, 19 травня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Традиції і новації в праві» (Полоцьк, 6 – 7 жовтня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасний стан і тенденція розвитку законодавства Республіки Таджикистан та країн СНД» (Душанбе, 28 квітня 2017 р.); Міжнародній науково-практичній конференції «Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики» (Київ, 18 травня 2018 р.); науково-практичній заочній конференції «Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку» (м. Одеса, 20 травня 2020 р.).

Публікації. Основні положення і висновки дисертаційного дослідження розкрито у 8 статтях, опублікованих у наукових фахових періодичних виданнях з юридичних наук, з яких 2 статті в іноземних фахових виданнях, та 8 публікаціях апробаційного характеру.

Структура роботи обумовлена проблематикою дослідження, його метою, предметом і задачами. Дисертація складається зі вступу, трьох розділів, поділених на дванадцять підрозділів, висновків, списку використаних джерел та додатків. Загальний обсяг роботи становить 240 сторінок, з них 23 сторінок – список використаних джерел, який складається з 245 найменувань, та 4 сторінки додатків

РОЗДІЛ 1. ІСТОРІЯ СТАНОВЛЕННЯ І РОЗВИТКУ ІНСТИТУТУ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ

1.1. Зародження інституту дипломатичного захисту

Інститут дипломатичного захисту пройшов довгий історичний шлях, який бере свій початок з епохи Стародавнього світу, проходить через класичне міжнародне право і прямує у сучасне міжнародне право. Протягом XIX століття дипломатичний захист часто виступав синонімом застосування примусових заходів щодо захисту власних позицій держави, внаслідок чого вона супроводжувалася негативною конотацією. І тільки в сучасному міжнародному праві дипломатичний захист отримує юридичне оформлення, яке забезпечує необхідні умови для захисту права власних громадян за кордоном, а також визначає заходи, доступні національній державі в цих цілях.

У порівнянні з такими областями міжнародного права, як морське право або території, дипломатичний захист є порівняно молодим інститутом міжнародного права. Що стосується його джерел, то аж до кінця XVIII – початку XIX століття немає зафіксованих прикладів можливого здійснення дипломатичного захисту, хоча, як вважається, він був згаданий Ваттелем в роботі, опублікованій в 1758 році [13]. Г. Гроцій, який писав в попередньому столітті – після Вестфальського миру, коли відбувалося становлення національних держав, – в своїх роботах не зачіпає цей інститут.

У класичній грецькій і римській історії, історії Південної Азії (Індія), історії Китаю або ранньої історії будь-якого іншого регіону світу відсутні зареєстровані свідчення того, щоб суверен або правитель приймав проти іншого суверенного правителя на підставі закону, що регулює його відносини з останнім, заходи захисту своїх підданих, які зазнали жорстокого поводження з боку останнього. Існували міста-держави, королівства, князівства, вотчини тощо, в яких піддані були зобов'язані та несли обов'язки перед правителями, князями, королями або володарями, але немає доказів, що в стосунках між собою суверени зобов'язані були захищати осіб, що проживали на їх

територіях, здійснюючи таким чином контроль у відношенні один до одного. Попри це, навіть в Середньовічній Європі не було фіксованих випадків здійснення захисту своїх підданих за кордоном. Проте такі випадки виявляються трішки пізніше, і лише після значного проміжку часу, зі становлення національних держав після Вестфальського миру, який заклав основи більш розвинених відносин між підданими та сувереном, стали говорити про зародження інституту «дипломатичного захисту».

Так чи інакше міжнародне право розвивалося. У колоніальний період міжнародне право стало основою міжнародних відносин лише європейських націй, залишаючись, по суті, регіональною правовою системою – пізніше міжнародне право застосовувалося в стосунках між державами Європи та Америки. Відносно дипломатичного захисту можна відзначити, що до середини XVIII – початку XIX століття ще не склалися повною мірою практичні умови, які відповідали за його розвиток.

На той час концептуальні рамки міжнародного права вже досить добре викристалізувались. Основоположні принципи міжнародно-правової системи були вироблені на фоні відносно усталеного світу сформованих суверенних державних утворень, що керувалися особистими суверенами. У XIX столітті цей історичний фон докорінно змінився, і разом з ним – практичні потреби, які повинна була забезпечити міжнародно-правова система. Однак основна концептуальна структура міжнародно-правової системи практично не змінилася. Звідси випливає, що рання історія правового інституту дипломатичного захисту багато в чому представлена його спробами впоратися з новим набором практичних потреб і конфліктами інтересів з позицій старих доктрин і стандартів, розроблених відповідно до вимог іншого типу цивілізації [113, с. 367].

Гуго Гроцій, який писав з міжнародного права в 1625 році незабаром після епохи Відродження та епохи Великих географічних відкриттів, що потягли за собою більш складні відносини між національними державами, розглядав відносини між державами, але не приділяв уваги положенню

індивіда, зокрема іноземця [21]. Ймовірно, це було пов'язано з тим, що держави не турбувалися положенням особистості, часта взаємодія між державами та окремими особами-іноземцями тільки починається.

Гроцій і його послідовники мало що могли сказати про юридичні зобов'язання держави стосовно іноземців та іноземних майнових інтересів в межах її кордонів, принаймні, в мирний час. Нові держави, що виникли в результаті розпаду Священної Римської імперії, були значною мірою самодостатніми економічними одиницями. І проблеми, що виникли пізніше (особливо в XIX столітті), не були відомі раннім дослідникам і не могли бути передбачені ними.

Гроцій писав про правові зносини особистостей суверенів в їх відносинах один з одним, а не про взаємини між абстрактними державами. Для нього суверени були людьми, підпорядкованими моральному порядку у своїх взаєминах практично таким же чином, як приватні особи тоді підпорядковувалися авторитету морального порядку [200, с. 3]. Система політичного устрою і влади, що склалася в Священній Римській імперії, розпадалася разом з розвалом імперії та опинилася під загрозою витіснення анархією і загальним безладом. Звідси концепція абсолютного суверенітету монарха над його підданими, запропонована таким політичним теоретиком, як Ж. Боден, вважалася найкращим засобом запобігання чвар і хаосу у внутрішньому житті нових національних держав.

Оскільки абсолютна свобода монарха в його зовнішніх зносинах з іншими державами приводила до хаосу і стану постійної війни, система обмежень поширювалася на зовнішні дії абсолютних монархів в інтересах миру для всієї спільноти. Гроцій підтримував ідею того, що монархи були підпорядковані як вищому закону, що базується на природному розумі, – законах природи, так і добровільно прийнятих звичайних законах. Ця концепція, також відбита в філософських вченнях того часу, поступово витіснила систему універсальної влади, втіленої у Священній Римській імперії. Природно, Гроцій не задавався питаннями захисту підданого за

кордоном, перш за все тому, що підданий здебільшого залишався в межах своєї національної держави.

Е. де Ваттель став першим з дослідників міжнародного права, хто приділяв увагу питанню захисту іноземців, їх майнових інтересів і дипломатичного захисту. Його ідеї та висловлювання дали імпульс становленню цього інституту, оскільки саме він першим надав дипломатичному захисту доктринальну основу. Коли він написав свою роботу «Право народів, або принципи природного права» (приблизно через сторіччя з чвертю після основної роботи Гроція), міжнародне життя значно розширилося. Активно велася колонізація інших частин світу за межами Європи, зовнішня торгівля стала важливим елементом в економічних системах низки держав. Однак, попри частоту поїздок і торгових відносин, наслідки індустріалізації ще не відчувалися.

Ваттель висунув тезу про те, що заподіяння шкоди підданому є завданням збитків його держави. Він писав: «Той, хто погано ставиться до громадянина, побічно завдає шкоди державі, яка має захищати цього громадянина. Власник постраждалого громадянина повинен помститися і, по можливості, змусити агресора надати повне відшкодування або покарати його, оскільки в іншому випадку громадянин не отримає головної основи громадянського суспільства, яким є захист» [13, с. 136].

Ця теза стала суттєвою основою для практики дипломатичного захисту громадян за кордоном. Прийняті самі по собі, його умови здаються досить широкими, щоб охопити всі види порушень прав іноземців, які зараз зазвичай включені в це поняття. Ваттель описував основи взаємовідносин однорідної міжнародної спільноти європейських християнських держав, що володіють загальними цивілізаційними та моральним (християнськими) нормами [200, с. 76], тому він, ймовірно, не вважав за необхідне встановити той факт, що деякі види поведінки з іноземцями слід розглядати як протиправні або шкідливі. Таким чином, по суті, він намагався встановити такі протиправні акти, які потрапляли у сферу права народів [13, с. 136].

Ваттель дійсно звертався до відносин, що існують між іноземцями та державою їх перебування, і ступеня відповідальності останньої щодо іноземців, але Ваттель прагнув «не стільки показати, що людяність і справедливість вимагають в нашому зверненні з іноземцями», скільки «встановити норми *Права народів* з цього питання, норми, метою яких є забезпечення прав обох сторін і запобігання порушенню миру народів спорами окремих осіб» [13, с. 139–150]. Він починає з твердження, що, оскільки власник території може забороняти в'їзд на неї щоразу, коли він вважатиме за потрібне, він, без сумніву, може встановити умови, на яких дозволяється доступ, і що, якщо він дозволить доступ іноземцям до своїх володінь, передбачається, що він робить це тільки за умови, що вони будуть підкорятися місцевим законам. У цьому контексті Ваттель посилався на спір між іноземцями або між іноземцем та громадянином, заявляючи, що вони повинні бути врегульовані місцевими судами. Причому Ваттель робить посилань на спори між іноземцем та сувереном як таким. Але підхід Ваттеля до даної проблематики дійсно послужив важливою основою для підтримки та розширення практики дипломатичного захисту, попри те що він писав конкретно і тільки про відмову в правосудді з боку місцевих судів. Ваттель писав: «Суверенітет, що впливає з володіння, дає Народу юрисдикцію над належною йому територією. Це є частиною права народу, або його суверена, на забезпечення справедливості на всій належній йому території, для розслідування злочинів, скоєних на ній, і відмінностей, що виникають між громадянами» [13, с. 139].

Інші народи повинні поважати це право; і оскільки відправлення правосуддя обов'язково вимагає, щоб будь-який вирок, винесений судом і втілений в належну форму, вважався справедливим і підлягав виконанню у разі, коли питання за участю іноземців отримало належну форму вирішення, і суверен сторін не може переглядати рішення. Переглянути акт правосуддя по конкретній справі – означає зазіхнути на юрисдикцію суду, який його виніс. Отже, суверен не повинен втручатися в справи своїх підданих в закордонних

країнах і надавати їм свій захист, за винятком випадків, коли в правосудді було відмовлено або рішення очевидно несправедливо, або належна процедура не була дотримана, або, нарешті, у випадках, коли його піддані або іноземці в цілому піддавалися дискримінації [13, с. 144].

За іронією долі, погляди Ваттеля згодом використовувалися противниками широкої концепції обмеження прав іноземця – для підтримки вузького уявлення про відмову в правосудді з боку держави як єдиної матеріальної основи для здійснення дипломатичного захисту.

Ваттель дав своє вираження концепції виключної територіальної юрисдикції, але він також вважав, що суверен несе відповідальність перед іноземцями, яким він дозволив приїхати на свою територію. Таким чином, Ваттель заявляв, що суверен, надав іноземцям право на в'їзд, «погоджується захищати їх, як своїх підданих, і забезпечувати їм, наскільки це залежить від нього, повну безпеку» [13, с. 144]. Однак Ваттель не вдавався в подробиці щодо цієї відповідальності. Очевидно, що ці обов'язки були істотними для поводження з іноземцями.

Що стосується майнових інтересів іноземців, які знову-таки стосуються матеріального права і порушення яких може слугувати причиною для дипломатичного захисту, Ваттель повторив припущення, що шкода громадянину чинить шкоду державі його громадянства. Він стверджував, що власність індивіда не перестає належати йому внаслідок того, що він опиняється в чужій країні, і що він як і раніше є частиною сукупного багатства його народу [13, с. 146].

Хоча вищезгадані твердження Ваттеля часто цитуються як авторитетні для зміцнення інституту дипломатичного захисту, як уже було сказано, при їх створенні Ваттель задавався іншими проблемами, ніж ті, з якими ми стикаємося в цей час. Він розглядав державу перш за все в термінах особистого суверенітету, а не територіальної юрисдикції. Його уособлення держави як органічної єдності, що складається з суверена і його підданих (з яких він виводив свою тезу про те, що заподіяння шкоди громадянинові є збитком для

держави), безсумнівно, слугувало на користь юридичній еволюції сучасної держави, але його нелегко застосовувати до сучасного світу широкої міжнародної торгівлі та спілкування, а також до простих і частих змін підданства (громадянства) [147, с. 46].

Чи витікали погляди Ваттеля на поведження з іноземцями з практики держави, яку він спостерігав, або ж вони були теоріями, заснованими на фактичних передумовах, які він спостерігав, – не зрозуміло. Немає жодних свідчень подібної практики. Більш того, Ваттель спеціально не розглядав заходи щодо виправлення становища, викликаного неналежним поведженням з іноземцями, які складають сучасний інститут дипломатичного захисту.

Однак в кінці XVIII століття відбулася подія, яка дала значний імпульс розвитку дипломатичного захисту як засобу захисту і як інституту міжнародного права. Їм стало включення в Договір Джея 1794 року між США і Великобританією положень про створення арбітражних комісій для врегулювання, серед іншого, вимог британських підданих по конфіскованим активам і взаємним претензіям, що впливають з передбачуваного незаконного захоплення американських судів британськими крейсерами та захоплення британських судів французькими кораблями, озброєними в портах США [160]. Цей договір не тільки ознаменував сучасну епоху міжнародного арбітражу, а й закріпив засоби вирішення спорів, до яких зі зростаючою частотою вдаються держави при наданні дипломатичного захисту своїх громадян за кордоном. Слід зазначити, що найбільш ранні арбітражні рішення, пов'язані зі здійсненням дипломатичного захисту, стосувалися врегулювання спорів між США і Великобританією і не зачіпали латиноамериканських держав, які здобули незалежність в XIX столітті та зіграли значну роль в розвитку практики дипломатичного захисту як з точки зору кількості, так і значущості спорів.

Саме на початку XIX століття насправді почався розвиток корпусу правових норм, що регулюють поведження з іноземцями, а з ним – й інституту дипломатичного захисту. Цьому сприяли зростання різноманітних засобів

комунікації, впровадження технологій та індустріалізація, в результаті яких люди відправлялися в усі куточки світу в пошуках сировини, а потім продавали промислові товари. Як наслідок, в межах територіальної юрисдикції всіх держав виявилися велика кількість іноземців і великі інтереси іноземної власності. Це породило численні конфлікти інтересів і розбіжності, а також спори щодо здійснення юрисдикції щодо таких іноземців.

Особливе значення для міжнародної торгівлі мало відкриття Америки, багатою сировинними та іншими ресурсами, необхідними для економічного життя Європи, та яка відкривала величезні ринки для європейських товарів. Населення нових держав Північної та Південної Америки, які недавно набули незалежність, в основному складалося з панівних класів європейських емігрантів і корінних американців. Форми правління, прийняті в цих державах, ґрунтувалися на європейських моделях і на політичній теорії індивідуалізму і представницької влади. Багато в чому ці форми правління виявилися погано пристосованими до потреб нових держав, в результаті на великих територіях Західної півкулі протягом значного періоду переважали політичні заворушення та революції.

Визнане міжнародне співтовариство держав XVIII століття обмежувалося виключно європейським континентом. Правові відносини, які склалися в цій спільноті, були продуктом європейської цивілізації. Але протягом XIX століття спільнота держав розширилося і поширилося за межі Європи на Захід. Причому європейська модель регулювання суспільних відносин переважала і далі. Так, концепція правосуддя, що склалася в правових системах європейських держав, поширилась і на інші регіони міжнародної спільноти XIX століття; в економічній сфері, зокрема, набула поширення ідея капіталістичного індивідуалізму, популярна в той час в Європі; особливе місце в цій правовій системі займали поняття індивідуальної свободи, недоторканності приватної власності (навіть щодо дій урядів) і непорушності договорів. Звичайно, колонії в Азії та Африці не були включені в число суб'єктів міжнародного співтовариства держав.

Нові держави, що виникли в Західній півкулі, рецепіювали ці правові ідеї та концепції в свої правові системи (які вони в основному запозичили з європейських джерел). У тих регіонах, де правові традиції склалися інакше (як, наприклад, на Далекому Сході або в деяких державах Близького Сходу), міждержавні відносини здійснювалися на особливій основі екстратериторіальності. Що стосується умов забезпечення порядку і стабільності, які необхідні для того, щоб європейська система працювала задовільно, то вони в багатьох державах нового співтовариства держав ще не склалися. Як наслідок, мали місце постійні зіткнення інтересів і часті звинувачення в несправедливому поводженні з іноземцями, які актуалізували та стимулювали розвиток інституту дипломатичного захисту.

Згодом зі створенням цілої низки прецедентів пред'явлення подібних вимог стало розглядатися як реалізація законного права, що впливає з порушення міжнародного права, більш того, ця практика також підтримувалася включенням в договори положень, що вимагають захисту життя і майна громадян кожної сторони на території іншої сторони. До середини XIX століття держави стали послідовно розглядати питання захисту громадян за кордоном як право, яке виправдовувало втручання шляхом звернення до принципів міжнародного права, які можуть бути виведені з будь-якого джерела. Врегулювання спорів такого роду поступово стало предметом заходів дипломатичного захисту для всіх практичних цілей.

Найчастіше випадки, пов'язані зі здійсненням дипломатичного захисту, виникали в нових і нестабільних країнах Латинської Америки (набагато частіше, ніж в старих країнах Європи або в інших країнах). Зокрема, зазначалося, що тривалі політичні заворушення в багатьох країнах Південної Америки породили безперервний потік скарг на порушення прав іноземців та іноді приводили до збройної інтервенції під приводом захисту порушених прав громадян. Неодноразова відмова місцевих органів влади здійснювати належним чином свої обов'язки зі захисту порушених прав призвела до загальної втрати довіри до них серед іноземців і до зростаючої готовності

вдаватися до дипломатичного захисту. У будь-якому випадку вимоги та претензії, що пред'являються іншими країнами до латиноамериканських держав, набагато перевищували вимоги, які ці країни мали проти інших держав.

Незабаром в Латинській Америці склалося уявлення, що дипломатичний захист – це практика, до якої вдаються сильні країни тільки щодо слабших держав і яку ніколи не використовують у відношенні один до одного. Звідси, мабуть, виводиться низше положення держав, проти яких використовувалися заходи дипломатичного захисту. Крім того, XIX століття стало епохою експансії великих держав, і серед менших держав був постійний страх, що скарги на відсутність захисту іноземних інтересів будуть використовуватися як привід і виправдання для військової інтервенції та завоювання. Це призвело до становлення в Латинській Америці доктрини, яка рішуче виступала проти розширення практики дипломатичного захисту і прагнула обмежити її до мінімально можливих меж [147, с. 55-56].

Так, в 1868 році відомий аргентинський вчений Кальво висловив рішуче заперечення проти «втручання» від імені громадян або під приводом захисту їх майнових інтересів за кордоном. Виходячи з незалежності та рівності держав, він зробив висновок, що іноземці мають право на таке ж ставлення до них, як і до місцевих жителів, але не на краще, тому до тих пір, поки для них в тій же мірі, що і для місцевих жителів, відкриті місцеві органи правосуддя, немає будь-яких підстав для процедур міжнародного захисту. Кальво стверджував, що рішення місцевих судів щодо іноземців є остаточними та не можуть бути поставлені під сумнів з боку держав національної приналежності іноземців. Кальво намагався продемонструвати, що такі принципи дотримуються європейськими державами в їх відносинах один з одним, але не в їх відносинах з латиноамериканськими державами. Ця думка, підтримана у всій Латинській Америці, стала відомою як «Доктрина Кальво». Згодом латиноамериканські держави, зазвичай, значною мірою застосовували щодо дипломатичного захисту (незалежно від того, успішно чи безуспішно)

доктрину Кальво у своїй зовнішній політиці.

У період з кінця XIX і до початку XX століття дипломатичний захист займав важливе місце у відносинах між державами, і особливо між великими державами, з одного боку, і меншими та новими державами – з іншого. Претензії щодо майнової компенсації за заподіяну іноземцям шкоду постійно накопичувалися проти деяких латиноамериканських держав. Такі претензії, як видається, часто використовувалися для чинення тиску на держави-порушників для досягнення інших цілей. У кількох випадках вони також використовувалися як безпосередній привід для збройної інтервенції – наприклад, французька інтервенція в Мексику в 1838 та 1861 роках, втручання Німеччини, Великобританії та Італії до Венесуели в 1902-1903 роках, американська інтервенція в Санто-Домінго в 1904 році та на Гаїті в 1915 році.

Хоча латиноамериканські держави негативно реагували на практику дипломатичного захисту у вигляді застосування сили відносно більше, ніж інші держави, досить імовірно, що якби практика дипломатичного захисту не розвивалася як міжнародний правовий інститут, то деякі латиноамериканські держави повинні були б заплатити набагато вищу ціну, ніж компенсація шкоди та збитків, завданих іноземцям на їх території. Дипломатичний захист не завжди реалізовувався так, як стверджують латиноамериканські автори, але, з іншого боку, він відкладав або усував застосування силових заходів сильнішими державами, коли їх громадяни, як стверджується, піддавалися жорстокому поводженню на територіях більш слабкої держави. Іншими словами, правовий інститут дипломатичного захисту в кінцевому підсумку може призвести до мирного врегулювання спору шляхом арбітражу або переговорів, без сумніву, запобігши територіальні вторгнення і завоювання і повернувши латиноамериканські держави в поле міжнародного права і спілкування. І навіть якщо отримані результати не були такими, які могли бажати ці країни, ймовірні альтернативи були б набагато менш бажаними.

Звернення до міжнародного арбітражу, нехай навіть і під тиском, для врегулювання вимог по компенсації шкоди, заподіяної іноземцям, починаючи

з Договору Джей 1794 року, стає все більш частим в XIX і на початку XX століття. Арбітраж виробив великий обсяг судових прецедентів, які в кінцевому підсумку знайшли відбиття в текстах міжнародних угод, хоча більшість судових процесів і стосувалося латиноамериканських держав. Можна навести приклади широко відомих арбітражних рішень, такі як: вимоги США до Мексики згідно з конвенціями 1839 1848, 1868 і 1923 років; венесуельські арбітражні процеси 1903 року, в яких вимоги десяти країн проти Венесуели були врегульовані шляхом арбітражу; арбітраж Сполучених Штатів з Великобританією згідно з конвенціями 1853 1871 і 1908 років, з Іспанією в 1871 році, з Францією в 1880 році, з Колумбією в 1864 і 1874 роках, з Чилі в 1892 році, з Коста-Рікою в 1860 році, з Еквадором в 1862 році, з Перу в 1863 і 1868 роках, з Венесуелою в 1888 році. Ці арбітражі проводилися, як правило, в порядку судових розглядів, члени трибуналів, які виступають як судді, виносили свої рішення, посилаючись на норми та принципи міжнародного права. Процес арбітражу, як засіб судового врегулювання, став відмінною рисою дипломатичного захисту в XX столітті та пізніше, коли переговори, звичайно, виявлялися нерезультативними.

Роботи вчених-юристів, засновані на арбітражних та інших судових рішеннях, також значною мірою сприяли розвитку юриспруденції в області дипломатичного захисту. І до кінця XIX століття вчені стали цікавитися теорією і практикою, що стосується міжнародної відповідальності держав за шкоду, заподіяну іноземцям в їх межах, і дипломатичного захисту іноземців як такої [4; 146; 147; 148; 188].

У XX столітті, і особливо після Другої світової війни, інститут дипломатичного захисту остаточно сформувався і був прийнятий як частина міжнародної правової системи. Споры та дискусії були пов'язані не з існуванням інституту дипломатичного захисту, який охоплює заходи по відновленню становища, але з окремими проблемними аспектами цього інституту, такими як вичерпання місцевих засобів правового захисту та істотний зміст правил, що стосуються поводження з іноземцями, порушення

яких може призвести до дипломатичного захисту.

Після Першої світової війни було засновано кілька комісій за позовами (*Claims Commissions*), які розглядали спори, пов'язані з претензіями іноземців [208, с. 375–647]. Також зі спорами, пов'язаними з дипломатичним захистом, у своїй роботі стикалася і Постійна палата міжнародного правосуддя (ППМП) [186]. Рішення міжнародних трибуналів продемонстрували тенденцію, що, попри суперечки про правила, що регулюють його, і про правила, що стосуються матеріальної основи відповідальності держав за шкоду, заподіяну іноземцям, інститут дипломатичного захисту міцно утвердився [див.: 165].

Після Другої світової війни потік націоналізації іноземної власності, особливо в Східній Європі, викликав ланцюжок дипломатичних дій західних держав з метою захисту їх громадян [112, с. 121]. У зв'язку з цими випадками було досягнуто кілька одноразових рішень. Причому розбіжності щодо універсальної застосовності та змісту матеріального права, що регулює поведження держав з іноземцями [155, с. 867], не привели до оспорювання права держав здійснювати дипломатичний захист своїх громадян за кордоном. Такі заперечення висловлювали, як правило, менш розвинені країни, в тому числі ті, які тільки що здобули незалежність від колоніального панування, проти більш розвинених країн. Проте, право на дипломатичний захист *per se* та існування права, що регулює цей інститут, не піддавалося сумніву. Зокрема, Міжнародний Суд в чотирьох провідних справах зазначив, що дипломатичний захист є життєздатним інститутом. Це *справа Ноттебома* (попередні заперечення) [191], *Барселона Трекин* (попередні заперечення) [117], *справа «Діалло»* (попередні заперечення) [104]. Крім того, були випадки, коли держави при здійсненні дипломатичного захисту створювали арбітражні трибунали відповідно до положень раніше створених комісій з розгляду спорів за участю іноземців. Таким є Трибунал по розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами [227].

Втім, незадоволеність деякими правилами, що регулюють дипломатичний захист (наприклад, правилом про місцеві засоби правового

захисту), привела до кількох рішень, коли або держави відмовилися від права на дипломатичний захист на користь інших способів вирішення спорів, які вважаються більш ефективними, або іноземці не шукали дипломатичного захисту, погоджуючись на інший засіб врегулювання з державою перебування чи державою-відповідачем.

Так, відповідно до Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, прийнятої в 1965 році, (Конвенція МЦУІС) жодна з Договірних держав не буде забезпечувати захист або звертатися з позовами міжнародно-правового характеру, якщо мова йде про спори між її особами та іншою Договірною державою, з приводу яких є згода про передачу чи про передачу їх в майбутньому для вирішення в арбітражі, згідно з цією Конвенцією, за винятком випадків, коли Договірна держава відмовиться виконувати або вчиняти дії відповідно до рішення, винесеного щодо такого спору (ч. 1 ст. 27). З іншого боку, ця ж стаття допускає здійснення дипломатичного захисту на певних умовах і при певних обставинах. Арбітражні процеси відповідно до Конвенції МЦУІС є міжнародними арбітражами, про які держави заздалегідь домовилися, приєднавшись до Конвенції, і зобов'язалися вжити арбітраж між ними та іноземцями, якщо останні є громадянами сторони Конвенції, і обидві сторони спору спеціально погодилися на арбітраж для врегулювання спору. Держави можуть також погодитися в рамках двостороннього інвестиційного договору (ДІД) з аналогічним видом арбітражу в питаннях поводження з іноземцями, який покликаний замінити здійснення дипломатичного захисту [110, с. 267].

Друге рішення полягає в тому, що іноземець вступає в арбітражну угоду з приймаючою державою для вирішення спорів без втручання з боку національних держав. Такий арбітражний розгляд насправді замінює собою місцеві засоби правового захисту і, як правило, регулюється міжнародним приватним правом з дотриманням будь-яких застосовних норм міжнародного публічного права [179]. Таке рішення служить заміною місцевих засобів правового захисту, яке спонукає іноземця не шукати дипломатичного захисту

з боку його національної держави та розглядається як таке, що служить на благо іноземця.

Ці рішення у сфері врегулювання спорів між іноземцями та приймаючою державою, сигналізуючи про певне незадоволення ефективністю процесу дипломатичного захисту з боку іноземців та їх національних держав в їх відносинах з іншими державами, тим не менше не зменшили доступність інституту дипломатичного захисту. У дійсний час цей інститут добре зарекомендував себе на міцній основі міжнародного права – настільки, що держави, громадянами яких є іноземці та які зіграли важливу роль у розвитку інституту дипломатичного захисту (його розвитку якоюсь мірою протидіяли латиноамериканські держави та країни, що розвиваються в останній половині XX століття, а потім і самі іноземці, для яких інститут дипломатичного захисту фактично був заснований), тепер повинні знайти способи обходити його. Цей інститут, визнаний міжнародним співтовариством держав, є корисним, навіть якщо він має стати останнім засобом або просто можливою альтернативою.

Те, що навіть країни, що розвиваються, вдаються до нього як приймаючі держави в їх відносинах з іноземцями та іншими державами, ілюструє *Справа Діалло*, представлена в Міжнародний Суд в 1998 році Республікою Гвінея проти Демократичної Республіки Конго [164]. Більш того, сьогодні, з огляду на те що громадяни країн, що розвиваються (наприклад, Малайзії, Індії або Сінгапуру), самі вкладають кошти в інші держави, а також з огляду на свободу пересування і транскордонне переміщення людей, держави, що розвиваються, цілком можуть не тільки здійснювати дипломатичний захист своїх громадян щодо інших країн, але, більш того, також розглядати цей інститут як необхідний.

Таким чином, в середовищі міжнародного співтовариства відбулися серйозні зміни. У XIX – на початку XX ст. дипломатичний захист розглядався як зброя багатих націй проти більш бідних або менш розвинених країн, особливо в Західній півкулі. Після здобуття незалежності колишніми колоніальними державами на початку другої половини XX століття

дипломатичний захист став асоціюватися в більш загальному плані з боротьбою між розвиненими та менш розвиненими державами, пов'язаною, зокрема, з іноземними інвестиціями з боку громадян розвинених держав. Фактично, надалі, особливо з лібералізацією режиму поїздок, відносно вільним переміщенням інвестицій між державами та можливістю ведення бізнесу за кордоном для громадян всіх держав, акцент на дипломатичний захист як засіб тільки для захисту громадян багатих і розвинених держав повинен був, дійсно, ослабнути, і держави в цілому стали розглядати дипломатичний захист, який повноцінно склався як правовий інститут, як такий, що може їм приносити користь – незалежно від того, чи є вони бідними або багатими. Навіть якщо це спостереження ставиться під сумнів, неминучим залишається факт: в сучасну епоху, коли громадяни розвинених держав не є єдиними, хто перетинає кордони шляхом поїздок, інвестицій або ведення бізнесу в закордонних країнах, дипломатичний захист став інститутом, сила і корисність якого не були втрачені та до якого можуть вдатися як багаті, так і не настільки багаті держави. Іншими словами, інститут дипломатичного захисту, замість того щоб бути забутим, потребує раціоналізації та розвитку [165, с. 4-6].

Міжнародний Суд визнав дипломатичний захист в декількох справах, зокрема в зовсім свіжій справі «Діалло» (попередні заперечення) відповідно до змісту дипломатичного захисту, який вкладає в неї Комісія міжнародного права ООН у своєму Проекті статей 2006 року, в якому йдеться: дипломатичний захист полягає в покликанні державою, за допомогою дипломатичних заходів або інших засобів мирного врегулювання, до відповідальності іншої держави за шкоду, заподіяну міжнародно-протиправним діянням цієї держави фізичній або юридичній особі, яка є громадянином або має національність першої держави, з метою імплементації такої відповідальності [144].

1.2. Розвиток інституту дипломатичного захисту через інституційні механізми Ліги Націй і Організації Об'єднаних Націй

У цьому розділі розглядається еволюція норм, пов'язаних з дипломатичним захистом, через багатосторонні механізми від Ліги Націй (заснованої в 1919 році), і особливо через Організацію Об'єднаних Націй (засновану в 1945 році), а також в результаті судової практики, перш за все Міжнародного Суду ООН. Зокрема, висвітлені основні напрямки щодо вдосконалення застосування інститутів, які в першу чергу стосуються можливого використання дипломатичного захисту як всередині країни, так і за кордоном.

Після закінчення Першої світової війни необхідність забезпечення міжнародного миру і безпеки була усвідомлена виразніше, ніж будь-коли. У зв'язку з цим післявоєнний період характеризувався серією спроб реорганізувати наявний корпус міжнародного права з тим, щоб зробити його норми більш чіткими та конкретними та, по можливості, дати точний вираз зобов'язанням дотримуватися цих правил шляхом конвенційної кодифікації. Набуло широкого поширення думка, що значна частка міжнародно-правових порушень і конфліктів була наслідком відсутності чітких і жорстких норм.

Заснування Ліги Націй призвело до ідеї про необхідність прийняття універсальних правил, що стосуються правового становища негромадян, і подальшого обмеження заходів, доступних для держав з метою здійснення дипломатичного захисту. Обмеження можливих інструментів функціонування держав відповідає обмеженню застосування сили в міжнародних відносинах. У цей період (з моменту заснування Ліги Націй в 1919 році) існували регіональні уніфіковані правила, що стосуються дипломатичного захисту, розроблені та прийняті, зокрема, в Центральній і Латинській Америці. У відносинах між державами часто мали випадки порушення прав приватних осіб і компаній в мирний час, але тільки деякі охоплювалися дипломатичним захистом. З іншого боку, в епоху світових воєн великомасштабне знищення майна приватних осіб призводило до дуже частих порушень, в першу чергу,

прав власності негромадян, які пізніше стали, зокрема, предметом розгляду в Міжнародному Суді ООН.

Однією з першочергових тем кодифікації став дипломатичний захист. Передбачалося, що, з огляду на велику практику, що склалася в цій сфері, буде відносно легко кодифікувати це питання. Робилися рішучі й добре підготовлені спроби з боку урядів держав і вчених кодифікувати норми про дипломатичний захист, які в кінцевому підсумку не закінчилися успіхом. Розбіжності виникли щодо предмета, обсягу та змісту інституту дипломатичного захисту як такого. У встановленні правових норм у сфері дипломатичного захисту великі держави вбачали мету закріпити умови, сприятливі для інвестицій, торгівлі та співпраці, з іншого боку, латиноамериканські держави головним чином мали незначний інтерес в забезпеченні безпеки й захисту іноземців. Останні були зацікавлені в розроблених правилах, які б забезпечували незалежність невеликих держав в управлінні їх власними територіями. Цей базовий конфлікт підходів робив досягнення згоди з будь-яких досить певних формулювань правових норм майже неможливим.

У період до Другої світової війни мали місце серйозні порушення прав іноземних громадян в контексті великих територіальних, політичних, соціально-економічних змін в державах Європи, а також у зв'язку зі збройними конфліктами, що неминуче їх супроводжували [120, с. 21]. Звідси, вже Постійна палата міжнародного правосуддя в деяких справах зверталася до розгляду питання про дипломатичний захист. Однією з найвідоміших справ, що стосуються вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної порушенням прав іноземних громадян, є Справа про Хожувську фабрику (*Chorzów Factory case*), що розглядалася Постійною палатою міжнародного правосуддя в 1927 році [149]. На плебісциті в Верхній Сілезії більшість в 31 864 виборці проголосували за те, щоб залишитися в складі Німеччини, в той час як за входження до складу Польщі було віддано 10 764 голоси. В результаті наступних трьох сілезьких повстань східна частина Сілезії, в тому числі

Хожув і Крулевська Хута, відокремилася від Німеччини та увійшла до складу Польщі в 1922 році. З огляду на свою стратегічну цінність справа азотної фабрики *Oberschlesische Stickstoffwerke* була предметом розгляду перед Постійною палатою міжнародного правосуддя протягом декількох років.

Постійна палата міжнародного правосуддя в цій справі прийняла рішення за позовом Німеччини проти Польщі, ухваливши, що Польща незаконно (всупереч положенням міжнародного договору, укладеного з Німеччиною), здійснила захоплення азотної фабрики у Верхній Сілезії, провінції, над якою вона отримала контроль після закінчення Першої світової війни. Палата дійшла висновку, що обмеження прав іноземних громадян, зроблене відповідно до Женевської конвенції 1922 року, суперечить встановленим нормам міжнародного права [199]. Однак в цій справі порушення прав громадян Німеччини було поза випадків, передбачених зазначеною Конвенцією, і не могло бути виправдане. Просте існування договору між державами, які обмежують права іноземців, які не підпадають під стандарт, запропонований загальними нормами міжнародного права, є неприйнятним.

Крім того, під час розгляду Справи про залізницю Паневежис-Салдутіскіс (*Panevezys-Saldutiskis Railway Case*) Постійна палата міжнародного правосуддя дійшла висновку, що: «... право кожної держави захищати своїх підданих, права яких були порушені іншою державою актами, що суперечать міжнародному праву, і які не змогли захистити свої права у внутрішніх органах держави-порушника, є незаперечним правом. Коли держава вживає заходів щодо захисту прав свого громадянина, воно тим самим захищає свої права, тим самим вимагаючи від іншої держави дотримання норм міжнародного права» [196]. На підставі цього і деяких інших рішень Палати можна зробити висновок про те, що дипломатичний захист став правовим інститутом міжнародного права, який має свої власні формальні рамки та може використовуватися в міждержавних відносинах.

Під час Жовтневої революції в Росії відбулося масове позбавлення

власності іноземців та, відповідно, порушення їх прав. Майно було вилучено з огляду на скасування приватної власності, без будь-якої виплати компенсації; влада заперечувала будь-яке право вимагати компенсацію за конфісковане майно на тій підставі, що в міжнародному праві немає мінімальних прав іноземців, і мова йде про застосування строго внутрішньої юрисдикції держави.

Робота з кодифікації правил дипломатичного захисту почалася в Лізі Націй в 1924 році, коли Асамблея цієї організації ухвалила резолюцію зі зверненням до Ради Ліги довірити це питання групі експертів з метою поступального розвитку норм в цій сфері міжнародно-правового регулювання. Комісія, заснована з часом, підготувала доповіді по семи питань, які вона розглядала як назрілі для кодифікації. Одним з цих питань була «Відповідальність держав щодо шкоди, заподіяної на їх території особистості або власності іноземців». Робота Комісії не стала успішною, однією з основних причин чому стало призначення Спеціальним доповідачем сальвадорського юриста Хосе Густаво Герреро, який підтримав в питанні дипломатичного захисту безпосередньо позицію латиноамериканських держав, як наслідок, в цьому періоді не було досягнуто вищого консенсусу щодо встановлення чітких правил, що стосуються дипломатичного захисту.

У своїй доповіді Герреро відбив загальноприйнятий теоретичний підхід до права на дипломатичний захист, — що кожна людина має певні фундаментальні права (право на життя, свободу, право власності тощо), які держави визнали та щодо яких взяли на себе взаємні зобов'язання забезпечити їх дотримання. В силу цих прав, стверджував Герреро, громадянство відходить на другий план, оскільки права належать особі як людині та тому не залежать від волі держави. По суті, це був опис мінімальних стандартів справедливості, які всі держави повинні були дотримуватися в їх поводженні з іноземцями в межах своїх кордонів [154, с. 177-203].

Проте Герреро намагався перетворити цю теорію відповідно до концепції латиноамериканських держав. Він дотримувався точки зору, що

держава не повинна встановлювати режим поводження з іноземцями більш сприятливий, ніж з власними громадянами. Герреро не додавав звичайного застереження, яке робили держави за межами Латинської Америки, що такий національний стандарт поводження з іноземцями застосовувався тільки в разі, коли таке поводження не було нижче мінімальних стандартів, що склалися в практиці «цивілізованих» держав в цілому. Це застереження дозволяло іноземним державам стверджувати, що право або правозастосовча практика конкретної держави не відповідають міжнародним мінімальним стандартам.

Як було відзначено, Герреро прагнув і далі обмежити сферу здійснення дипломатичного захисту в його визначенні «відмови в правосудді». Визнаючи це положення як підставу міжнародної відповідальності, він робив це таким чином, щоб обмежити її до випадків, які, по суті, ніколи не відбувалися на практиці. Перш за все, він розвинув традиційну тезу, що іноземець повинен шукати захист у судах держави перебування (тобто, якщо йому заподіяно шкоду, він повинен шукати компенсації в місцевих судах). Герреро далі логічно виводив з принципу суверенної рівності держав, що рішення місцевих судів по будь-якому питанню, підпадає під місцеве право, повинні розглядатися як остаточні й такі, що відповідають закону, навіть якщо рішення за окремою справою представляє помилку в правосудді або може розглядатися як «несправедливе» або навіть «очевидно несправедливе».

Тезово, Герреро стверджував, що жодне міжнародне прохання про допомогу не є прийнятним проти рішення місцевого суду, яким би помилковим або несправедливим воно б не виглядало. Навіть надмірне зволікання в здійсненні правосуддя щодо іноземця, згідно з його підходу, не може бути підставою для міжнародної відповідальності. Тільки коли держава відмовляє іноземцям в доступі до судового захисту на тих самих умовах, що і для власних громадян, або коли суди відмовили у відкритті провадження за позовом іноземця, може виникати міжнародна відповідальність. Оскільки практично всі держави забезпечили іноземцям доступ до захисту у своїх судах на тих же умовах, що і власним громадянам, а також надали засоби захисту від

шкоди, заподіяної індивідам урядом або його посадовими особами, легко виявити, що теза Геррера, що логічно виведена із загальноприйнятих принципів, покликана обмежити здійснення дипломатичного захисту до випадків, які рідко, якщо взагалі, виникають на практиці [147, с. 63-64; 154, с. 190-193].

Асамблея Ліги Націй у вересні 1927 року вирішила затвердити три питання на першу міжнародно-правову конференцію з кодифікації міжнародного права. Одним з них була відповідальність держав за шкоду, заподіяну на їх території особистості або власності іноземців. Підготовчий комітет підготував і направив урядам на розгляд «Перелік запитань» з цього предмету. Список був складений у формі докладного опитування.

Близько тридцяти держав відповіли на опитувальник щодо відповідальності держав, причому включаючи тільки одну латиноамериканську державу – Чилі. Ці відповіді були проаналізовані Підготовчим Комітетом, і на їх основі були підготовлені «Основи для дискусії», покликані служити відправною точкою для обговорення на майбутній конференції. Обсяг міжнародної відповідальності, позначений в цих Основах, був значно ширший, ніж в доповіді Герреро, і не визнавав доктрину Кальво [222, с. 44], що відстоювалась латиноамериканськими державами.

Сорок сім держав (включаючи США і сім інших держав, які не були членами Ліги Націй) були представлені на Першій конференції з кодифікації міжнародного права, що зібралася в Гаазі в березні 1930 року, на якій розглядалося питання відповідальності держав. Після тривалої дискусії в кінцевому підсумку Конференція закрилася без прийняття будь-якої угоди з питання відповідальності держав. Третій комітет, який відповідав за вивчення цього питання, лише прийняв в першому читанні десять статей пропонованої конвенції, які по суті матеріалізували дванадцять з тринадцяти основ для дискусії, складених Підготовчим Комітетом, але не дійшов згоди щодо остаточних основ для дискусії, якими могла б керуватися загальна

конференція.

Головні моменти, за якими Комітет не зміг домовитися, стосувалися включення правила, що іноземцям надавалося право на не більше, ніж рівне з власними громадянами поводження, і включення певного стандарту «належної обачності» в запобіганні порушення прав іноземців. Вони показували головні розбіжності в підходах між державами, що стосуються збереження умов, сприятливих для торгівлі, комерції та співробітництва, з одного боку, і що стосуються встановлення їх повної незалежності в діях в межах їх власної території, з іншого боку. Це відноситься, по суті, до міжнародних стандартів поводження з іноземцями, які повинні імплементувати всі держави та які б утримували держав від встановлення своїх власних стандартів.

Поки ці відмінності, які були фундаментальними, існували, було малоймовірно, щоб була досягнута одностайна згода з будь-якого певного формулювання норм права. І оскільки це було питанням матеріального права, а не стосувалося процедурних правил, що регулюють дипломатичний захист як такий, конференція не змогла прийняти будь-які норми з цього питання. Очевидно, оскільки були розбіжності з фундаментальних правил, питання кодифікації засобів захисту, що належать до дипломатичного захисту, не могло навіть розглядатися.

Робота з кодифікації норм про дипломатичний захист була перервана Другою світовою війною і продовжена вже після її закінчення і нерозривно пов'язана зі становленням системи Організації Об'єднаних Націй.

Заснування системи ООН, основу якої заклав Статут ООН, призвело до встановлення формальних, надзвичайно важливих для обмеження інституту дипломатичного захисту правил. З прийняттям Статуту ООН держави більше не можуть застосовувати всі доступні їм заходи для захисту інтересів своїх громадян. Таким чином, Статут ООН зіграв важливу роль в обмеженні цього інституту, закріпивши такі імперативні (універсальні, абсолютно обов'язкові норми) правила:

- заборона загрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і будь-яким іншим чином, несумісним з цілями Об'єднаних Націй (пункт 4 статті 2 Статуту ООН) і

- заборона втручання в справи, що по суті входять у внутрішню компетенцію будь-якої держави (пункт 7 статті 2 Статуту ООН).

Заборона на втручання у внутрішні справи отримала в Статуті ООН обмежувальне закріплення: цей Статут жодним чином не дає Організації Об'єднаних Націй права на втручання в справи, що по суті входять у внутрішню компетенцію будь-якої держави, проте цей принцип не торкається застосування примусових заходів на підставі Глави VII – якщо існує загроза миру і міжнародної безпеки. Пізніше ці правила отримали ширше письмове формулювання в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй [90]. До цих правил необхідно додати положення про право держави на самооборону, закріплене в статті 51 Статуту ООН, яка істотно обумовлена попереднім збройним нападом, а також обмежена територіально, оскільки вона має здійснюватися в межах її кордонів. Таким чином, можливість вдаватися до самооборони усувається, якщо вона продиктована порушеннями прав громадян за кордоном.

В результаті Другої світової війни відбулися докорінні зміни соціально-економічних систем східноєвропейських держав, які супроводжувалися масовою націоналізацією власності іноземних громадян. Нові соціалістичні країни сприймали приватну власність (особливо якщо вона належала іноземним громадянам) як форму прояву імперіалізму, яка не могла вписатися в нову систему народного господарства. Навіть загальне міжнародне право розглядалося ними як продукт капіталістичних відносин і тому вважалося непридатним для цих держав.

Аналогічні порушення приватних прав громадян виявлялися і в інших регіонах світу, у зв'язку з чим здійснення заходів дипломатичного захисту в

цей період було вкрай актуальним і проблематичним. Йдеться про нові держави, створені після Другої світової війни в результаті деколонізації. Очевидно, що такі випадки не можна розглядати крізь ту ж призму, оскільки іноземна власність, розташована на території колишніх колоній, була результатом прямої експлуатації, яка тривала довгий період, у зв'язку з чим нові держави прагнули встановити контроль над природними ресурсами та встановити економічну незалежність, яка, згідно з нормами загального міжнародного права, безсумнівно їм належить. З причини зазначеного один з авторів описує становище нових держав наступним чином: «Хоча країни, що розвиваються, закликали до принципів суверенітету і рівності держав, у багатьох нормах звичаєвого міжнародного права вони бачили систему, на якій базується нерівність між ними та колишніми колоніальними державами» [106, с. 48-49]. В принципі, і сама ООН з самого початку процесу деколонізації підходила до цієї проблеми схожим чином. Наприклад, коли мова йде про конфлікти між цими країнами та колишніми метрополіями, Організація Об'єднаних Націй неодноразово закликала до підтримки та надання допомоги народам і регіонам, які стали незалежними, що прямо суперечить деяким основним принципам самого Статуту, встановленим у статті 2. Така сама ситуація була також пов'язана з встановленням економічної незалежності цих регіонів. Так, Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй з ініціативи та загальним визнанням новостворених держав прийняла Резолюцію 1803 (XVII) про невід'ємний суверенітет над природними ресурсами [72]. Зокрема, ці Резолюція говорить: «Націоналізація, експропріація або реквізиція повинні ґрунтуватися на міркуваннях або мотивах суспільної користі, безпеки або національних інтересів, які визнаються важливішими, ніж чисто особисті або приватні інтереси як громадян, так й іноземців. У цих випадках власнику сплачується відповідна компенсація згідно з правилами, що діють в державі, яка приймає ці заходи в здійснення свого суверенітету, і відповідно до міжнародного права. У всіх випадках, коли питання про компенсації спричиняє спір, використовуються всі можливості вирішення його в

національних судових інстанціях держави, що приймає ці заходи. Однак, за згодою зацікавлених суверенних держав та інших зацікавлених сторін, спір повинен бути врегульований в арбітражному порядку або міжнародним судовим рішенням». У резолюції відстоюється суверенітет держав під час націоналізації або інших обмежень на приватну власність іноземних громадян і підкреслюється первинна юрисдикція влади цих держав.

У наступний період було прийнято низку аналогічних резолюцій, які передбачають акцент на економічному суверенітеті. Так було і в резолюції 3171 від 17 грудня 1973 року, в якій йдеться: «Генеральна Асамблея приймає, що застосування принципу націоналізації, здійснюваної державами, як вираз їх суверенітету з метою збереження своїх природних ресурсів, означає, що кожна держава має право визначати розмір можливої компенсації та форму виплати та що будь-які спори, які можуть виникнути, слід врегулювати відповідно до національного законодавства кожної держави, що здійснює такі заходи» [79]. Ця резолюція, на відміну від попередньої, йде ще далі. По-перше, вона передбачає тільки юрисдикцію національної влади (не кажучи вже про те, що вони є процесуально пріоритетними), і що спір потім може перейти на міждержавний рівень, що буде означати застосування дипломатичного захисту.

По-друге, згадуються тільки положення національного законодавства кожної держави, в яких йдеться про те, що це не питання прав, гарантованих міжнародним правом з точки зору мінімальних прав іноземців, але їх реалізація повністю знаходиться в руках нових держав. Це не відповідає чинним нормам міжнародного права у сфері дипломатичного захисту. Зазначені резолюції, а також Хартія про економічні права та обов'язки держав 1974 року [96] не внесли істотних змін в концепцію правил дипломатичного захисту. Хартія економічних прав і обов'язків підтвердила існування постійного суверенітету над природними ресурсами держав, закріпивши в пункті 2 статті 2 Хартії: «Кожна держава має право націоналізувати, експропріювати або передавати іноземну власність. У цьому випадку держава,

яка застосовує такі заходи, має сплачувати відповідну компенсацію з урахуванням її відповідних законів і постанов та всіх обставин, які ця держава вважає доречними. У будь-якому випадку, коли питання про компенсацію призводить до спору, воно має врегульовуватися згідно з внутрішнім правом націоналізуючої держави та її судами, якщо тільки всі зацікавлені держави добровільно і за взаємною згодою не досягнуть домовленості щодо пошуків інших мирних засобів врегулювання на основі суверенної рівності держав і відповідно до принципу вільного вибору засобів». Як бачимо, Хартія також відсилає врегулювання всіх можливих спорів до внутрішнього праву націоналізуючої держави та її судів, що, на нашу думку, знаходиться на протилежному чинним нормам міжнародного права щодо дипломатичного захисту векторі.

Деякі автори вбачають у Хартії про економічні права та обов'язки держав підтвердження більш раннього положення Кальво [222, с. 296]. Інші справедливо стверджують, що це заперечення ролі норм міжнародного права у сфері дипломатичного захисту [213, с. 48].

Так, арбітраж *ad hoc* в спорі між Лівією і двома нафтовими компаніями виявив, що Декларація про встановлення нового міжнародного економічного порядку [24] і Хартія про економічні права та обов'язки держав не можуть вважатися позитивним законом, оскільки їх текст не підтримується промислово розвиненими країнами, і що в кращому випадку вони можуть представляти вираз *de lege ferenda* [226]. У цій справі розглядалося одностороннє розірвання концесійного договору, укладеного Лівією з двома американськими нафтовими компаніями.

З іншого боку, досить часто арбітражні рішення, що стосуються експропріації, посиляються на положення резолюції 1803 Генеральної Асамблеї, відповідно до якої держава зобов'язана виплатити компенсацію відповідно до норм міжнародного права [115].

Зміни, яких зазнало правове розуміння і регулювання дипломатичного захисту, стали результатом розробки когентних правил [180, с. 361]. Як

справедливо зазначає Амерансіг, цей правовий інститут за короткий час пройшов довгий шлях, еволюціонував від інструменту чистого інтервенціонізму до ефективного юридичного інструменту захисту інтересів власних громадян за кордоном [110, с. 17].

Подальші зміни щодо здійснення дипломатичного захисту полягають у підвищенні рівня захисту прав людини та їх власності, незалежно від того, чийми громадянами вони є. Сьогодні, в контексті принципу суверенної рівності держав, положень Хартії про економічні права та обов'язки держав і визнання того, що всі країни мають право на суверенітет над своїми природними ресурсами, практичні наслідки концепції дипломатичного захисту схильні до радикальних змін [219, с. 320].

Одне з найбільш серйозних критичних зауважень щодо традиційного розуміння дипломатичного захисту ґрунтувалося на односторонньому, довільному з точки зору забезпечення, характері рішення держави щодо захисту своїх громадян: людина не може впливати на власну країну, щоб змусити її вжити рішучих заходів або взяти участь у власних інтересах надалі під час будь-якого розгляду. Таким чином, «традиційна доктрина дипломатичного захисту фактично не пов'язана із захистом прав іноземців» [238].

Безсумнівно, тут мова йде перш за все про недосконалість юридичного характеру самого інституту. При застосуванні заходів щодо дипломатичного захисту власних громадян чи вітчизняних юридичних осіб виникають міжнародно-правові відносини, які немислимі без участі держави. Логічно, що держава має право вживати заходів або не вживати заходи або вирішувати, які заходи вжити. Таким чином, людина не обмежена у правах, але, навпаки, вона отримує потенційно інші заходи захисту – дипломатичні, – які вона не мала б, якби цього інституту не існувало.

Дуже важливий крок в кодифікації норм, пов'язаних з інститутом дипломатичного захисту, був зроблений шляхом прийняття Конвенції про консульські зносини 1963 року. Так, ця Конвенція передбачає, що консулу

іншої держави необхідно надавати допомогу своїм громадянам, якщо вони знаходяться в органах держави перебування. Такі розлогі норми Конвенції є лише правовою основою для прийняття правил в державах-учасниках, що визначають спосіб надання допомоги консулом. Крім того, звичаєве міжнародне право передбачає, що консули традиційно відповідають за надання допомоги в комерційних спорах, спорах між членами екіпажу суден тощо. У зв'язку з цим діяльність консула на практиці обмежена і регулюється положеннями внутрішнього права акредитуючої та приймаючої держави, а не загальними нормами міжнародного права – положеннями Конвенції або нормами звичаєвого характеру [155, с. 864].

Важливе місце в цьому відношенні відводиться двостороннім угодам, укладеним державами з метою конкретизації обов'язків і виконання роботи консула [181, с. 23].

Розвиток світового ринку, а також зростання та поглиблення кризових явищ зумовили покладання на державу в особі її закордонних органів зовнішніх зносин найбільших надій щодо забезпечення і захисту національних економічних інтересів акредитуючої держави [81, с. 156], від яких у підсумку залежатиме все – залучення інвестицій, запозичення (або купівля) нових технологій, проведення обміну спеціалістами у відповідних галузях та реалізація спільних проектів [81, с. 155].

1.3. Робота Комісії міжнародного права ООН з питань кодифікації правил дипломатичного захисту

У 1948 році Генеральна Асамблея ООН, виконуючи положення Статуту про «заохочення прогресивного розвитку міжнародного права та його кодифікації» [132, с. 11], заснувала Комісію міжнародного права ООН. Першим кроком Комісії міжнародного права було позначити програму роботи, яка включала питання про відповідальність держав.

Робота Комісії почалася в 1956 році з призначенням Гарсія Амадора спеціальним доповідачем. Вона охоплювала відповідальність держави за

заподіяння шкоди іноземцям та їх власності. Питання про дипломатичний захист з самого початку було пов'язане з відповідальністю держави в міжнародному праві, і тому не дивно, що в рамках Організації Об'єднаних Націй вона розроблялася в контексті теми відповідальності держав.

Протягом 1956-1961 рр. Гарсія Амадор підготував шість доповідей, але Комісія міжнародного права майже не обговорювала їх. Так, в 1956 році спеціальний доповідач Гарсія Амадор включив в свій перший звіт про відповідальність держави питання про відповідальність за порушення прав і власності іноземців. До 1961 року цей спеціальний доповідач представив шість доповідей, по яких не було досягнуто згоди щодо правил відповідальності за порушення прав іноземців [244, с. 154-172]. Деякі члени Комісії прагнули обмежити тему до дипломатичного захисту; інші знаходили правила про дипломатичний захист застарілими [244, с. 172]. Початкове рішення, яке було прийнято, зводило тему до «цивільної» шкоди іноземцю [242, с. 246]. Але доповідач був розкритикований за невключення, зокрема, «кримінальних» заходів у відповідь [243]. Прогрес з цього питання був незначним, і в кінцевому підсумку його пропозиції ніколи не обговорювалися окремо [106].

Уже в 1962 році спеціальним доповідачем з питання про відповідальність держав був призначений італійський юрист Роберто Аго, який в наступні роки представив вісім доповідей, за якими Комісія отримала приблизно схвалення тридцяти п'яти членів в першій частині під назвою «Розвиток відповідальності держав в міжнародному праві» [141]. Роберто Аго рекомендував Комісії переглянути межі теми та сфокусуватися на «визначенні загальних правил, що регулюють міжнародну відповідальність держави». Під цим розумілися правила загального призначення, що регулюють відповідальність держав, які застосовуються не тільки до дипломатичного захисту, що розуміється як відповідальність за заподіяння шкоди іноземцям, але також до інших сфер (права людини, роззброєння, охорона навколишнього середовища, морське право та ін.). Якщо проаналізувати, то їх метою не було виробити матеріальні норми як такі або спеціальні зобов'язання держави, що

виникають з них (які будуть відрізнятися від договору до договору і від держави до держави) – скоріше, фокус був спрямований на остов або матрицю норм про відповідальність, що визначають, чи мало місце порушення державою права і які його наслідки. Підкомітет додав, що: не може бути й мови про зневагу досвідом або матеріалом, зібраним в спеціальних секторах, особливо по відповідальності за заподіяння шкоди особистості або майну іноземців; і що ретельну увагу слід приділити можливим наслідкам, які може мати для відповідальності розвиток міжнародного права [141].

У 1963 році Комісія міжнародного права ООН схвалила це переосмислення (реконцептуалізацію) теми та призначила Аго спеціальним доповідачем. Між 1969 і 1980 роками він підготував вісім доповідей, а також спеціальний додаток до восьмої доповіді. Протягом цього часу Комісія міжнародного права попередньо схвалила тридцять п'ять статей, що утворюють разом Частину першу пропонованого Проекту статей («Джерела відповідальності держави»). Також, серед іншого, в ньому були докладні правила атрибуції та загальні правила звільнення і виключення відповідальності за міжнародні протиправні акти (під заголовком «Обставини, що виключають протиправність»). Структура Аго для п'яти розділів Частини першої стверджувала завершеність, але для решти частин подібної структури не було. Безсумнівно, вони будуть зачіпати компенсацію; Аго також прояснив, що вони також повинні включати контрзаходи. Наслідки «міжнародних злочинів держави», концепція, запропонована в статті першій, мали бути уточнені, але вони були лише нечіткими позначками, а не формальними пропозиціями.

Подальша робота по кодифікації норм про відповідальність держав була продовжена під керівництвом призначеного в 1979 році спеціальним доповідачем Вільяма Ріфагена (*Wilhelm Riphagen*) з Нідерландів. З 1980 по 1986 роки він представив сім доповідей, що містять повний набір проєктів статей Частини другий («Зміст, форми та ступінь міжнародної відповідальності») і Частини третьої («Вирішення спорів»), що

супроводжувалися коментарями. Однак з огляду на пріоритет, наданий іншим питанням, тільки п'ять статей з його Частини другої було попередньо схвалено в цей період. Беззастережно, найбільш важливою з них була стаття, що містить розширену дефініцію «потерпілої держави».

У 1987 році Вільяма Ріфагена не було переобрано в Комісію міжнародного права, і на його місце був призначений італійський юрист Гаetano Аранджіо-Руїс (*Gaetano Arangio-Ruiz*), який в період 1988-1995 рр. представив сім доповідей. Протягом 1992-1996 рр. редакційний комітет працював над Частинами другою і третьою, давши можливість Комісії міжнародного права прийняти текст з коментарями в першому читанні в 1996 році. Таким чином, Проєкт статей 1996 року складався з трьох частин: Частина перша (статті 1-35), прийнята в період з 1971 по 1980 рр. під керівництвом Аго, кілька статей Частини другої, прийняті в період до 1986 року під керівництвом Ріфагена, і частину, що залишилася, що стосується компенсації, контрзаходів, наслідків «міжнародних злочинів» і вирішення спорів, прийнята в період 1992-1996 рр. під керівництвом Гаetano Аранджіо-Руїса.

Протягом цих років не було спроб переосмислити будь-яке питання, порушене Частиною першою, за винятком статті, що стосується міжнародних злочинів держави. Та й то, одного разу вирішивши зберегти концепцію міжнародних злочинів, актуальний текст не було переглянуто; тільки доповнення построкового коментаря виявило принципову відсутність консенсусу. На тлі наступних розбіжностей в Комісії міжнародного права ООН з низки питань – зокрема, співвідношення між відповідальністю держав і повноваженнями Ради Безпеки, – Гаetano Аранджіо-Руїс покинув пост спеціального доповідача. Не будучи повторно номінованим Італією, в тому ж році він припинив бути членом Комісії міжнародного права. З цих та інших причин узгодження статей різних частин було залишено на друге читання. Статті не містили розділу по дипломатичному захисту у вузькому сенсі.

Три головних невирішених проблеми були попередньо визначені як такі, що вимагають спеціального обговорення: міжнародні злочини, режим

контрзаходів і врегулювання спорів [210, с. 161]. Це був досить значний список, але, як показали подальші події, він включав тільки деякі з невирішених проблем.

У проєкті була коротка стаття щодо вичерпання місцевих засобів захисту, яка була проаналізована в спеціальних рамках порушення конкретного виду зобов'язання (проєкт Аго). В цілому, проєкт в редакції 1996 року показав результат, який узгоджується з універсальним підходом до проблеми відповідальності держави, звільняючи його від окремих категорій норм, таких як ті, що стосуються дипломатичного захисту і заподіяння шкоди іноземцям. Був обраний «контекстуальний підхід, який зробив недійсним накладення транскордонних матеріальних норм і дозволив, щоб такі питання вирішувалися у світлі кожного окремого правила або навіть кожного окремого випадку» [132, с. 13].

Джеймс Кроуфорд, призначений спеціальним доповідачем, переглянув і завершив роботу над проєктом кодифікації відповідальності держав до 2001 року. Після другого читання Комісія міжнародного права ООН представила Проєкт на розгляд Генеральної Асамблеї ООН. У Проєкті розглядалася відповідальність держави в цілому, включаючи розділ по компенсації та статтю 44, яка містить вимогу, що повинні дотримуватися, по можливості, правила, які стосуються національної приналежності вимоги та вичерпання місцевих засобів захисту [132, с. 67-68]. Ця стаття була першою, що стосується дипломатичного захисту як правозахисної діяльності, прийнятої в другому читанні Комісією міжнародного права. Більш того, Комісія змогла розмежувати відповідальність держави в цілому, матеріально-правові основи відповідальності держави за заподіяння шкоди іноземцям і дипломатичний захист як правозахисну діяльність.

Перші кроки по кодифікації дипломатичного захисту були зроблені Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй на її 48-й сесії [209].

Питання про дипломатичний захист було включено до порядку денного Комісії міжнародного права, і перший конкретний з точки зору кодифікації

результат був зроблений у 2004 році, коли в першому читанні було прийнято дев'ятнадцять статей. Протягом цього часу було підготовлено кілька доповідей спеціальними доповідачами: першим був Мохамед Бенаун (*Mohamed Benaun*) [ООН. Док. А-CN.4-484], другим – професор Джон Дугар (*John Dugard*).

Практично водночас як Дж. Кроуфорд був призначений спеціальним доповідачем на тему відповідальності держав, Комісія міжнародного права ООН вирішила підготувати проєкт кодифікації по дипломатичному захисту. У 1997 році спеціальним доповідачем був призначений Мохамед Бенаун, який підготував попередню доповідь з цього питання в 1998 році [118]. Доповідь торкалася деяких базових питань, що стосуються дипломатичного захисту. Незабаром Бенаун покинув Комісію, і його пост спеціального доповідача прийняв Джон Дугар, який підготував п'ять доповідей (разом з додатками) з проєктами статей з цього питання [74], що були розглянуті Комісією, і до 2004 року перше читання 19 статей було завершено. Статті стосувалися виключно аспектів дипломатичного захисту і становили собою всебічне вивчення питання. Однак серед них не було відсилання до спеціальних норм, що стосуються шкоди у випадках дипломатичного захисту. У 2005 році, після того як проєкти 19 статей були спрямовані у 2004 році в Генеральну Асамблею, Джон Дугар підготував шосту доповідь про релевантність (доречність) доктрини «чесних рук» (чесності та бездоганності поведінки) щодо дипломатичного захисту, в якій він дійшов висновку, що вона не може бути застосована. Друге читання статей було завершено у 2006 році, і завершені статті були направлені до Генеральної Асамблеї. Вони були підготовлені таким чином, щоб залишити відкритими кілька найбільш спірних питань [144].

Можна відзначити, що питання, які стосуються дипломатичного захисту, розглядалися Комісією міжнародного права у двох окремих кодифікаційних проєктах. Остаточний документ по відповідальності держав, підготовлений Кроуфорд як спеціальним доповідачем, посилався на правила про національну приналежність вимог і вичерпання місцевих засобів захисту

(стаття 44), які лежать в основі дипломатичного захисту, але не розглядав їх детально. Цей проєкт також стосувався атрибуції дій державі та компенсації. Статті по цим останнім двом питанням ґрунтувалися багато в чому на матеріалі, що належить до дипломатичного захисту як правозахисної діяльності. В роботі Дугарда як спеціального доповідача детально досліджені більшість аспектів дипломатичного захисту як правозахисної діяльності, але без розгляду атрибуції актів державі та компенсації, які були вивчені в рамках роботи по відповідальності держав. Ці характеристики повинні бути взяті до уваги, оскільки елементи дипломатичним захистом як правозахисної діяльності можуть бути виявлені в обох зведеннях статей Комісії міжнародного права.

В рамках Організації Об'єднаних Націй необхідність регулювання сфери дипломатичного захисту обговорювалася в Генеральній Асамблеї та Комісії з міжнародного права. У становленні інституту дипломатичного захисту помітну роль зіграло рішення Постійної палати міжнародного правосуддя у справі Мавроматіс [186]. На основі правил, викладених в цій справі, поступово склалися звичаєві норми інституту дипломатичного захисту. «Основним принципом міжнародного права є те, що держава покликана захищати своїх підданих, коли їх права порушуються актами іншої держави в порушення міжнародного права, і захист не забезпечується іншими регулярними каналами» [186, с. 12]. Це належить до попередньої умови – вичерпання всіх законних засобів захисту. Водночас існує чітке розходження між цим інститутом і основними функціями дипломатичних представництв, позначеними відповідно до положень статті 3 Конвенції про дипломатичні зносини 1961 року [16].

Тут необхідно провести чітку межу між термінологічно подібними інститутами, такими як дипломатичний захист і дипломатичне втручання. Предметом цього дослідження є дипломатичний захист своїх громадян або

юридичних осіб. Зі свого боку, дипломатичне втручання [20]¹ передбачає дії держави, найчастіше через дипломатичну місію в країні перебування, які спрямовані на захист інтересів держави у внутрішньому порядку держави перебування. Тому в другому випадку мова йде про продовження постійної місії у внутрішньому правопорядку, в той час як дипломатичний захист є предметом дій на міжнародному рівні.

Організація Об'єднаних Націй стосувалася питань дипломатичного захисту в Резолюції про невід'ємний суверенітет над природними ресурсами [72] і Хартії економічних прав і обов'язків держав [96]. Під час обговорень в Генеральній Асамблеї були зроблені абсолютно авангардні заяви, в яких висловлювалася думка про те, що міжнародне право розвинулося настільки, що окремі особи стають суб'єктами та тому набувають «право» на дипломатичний захист своєї власної держави. З іншого боку, вони являють собою набагато більш помірні та більш реалістичні погляди, що стосуються однієї з основних проблем, пов'язаних з дипломатичним захистом: чи є це право держави вживати належних заходів для захисту свого громадянина або є невід'ємним правом окремого громадянина вимагати від своєї держави прийняття відповідних дій? Немає сумнівів в тому, що держава має право вирішувати, чи буде в конкретному випадку і яким чином вона застосовувати певні заходи, спрямовані на забезпечення дипломатичного захисту порушених прав його громадянина. У зв'язку з цим Міжнародний Суд дійшов висновку, що: «Держава повинна вважатися єдиним уповноваженим суб'єктом для

¹ Німеччина відреагувала на «дипломатичне втручання» Туреччини. Федеральний уряд відкидає дипломатичне втручання уряду Туреччини, спрямоване проти сатири каналу NDR щодо турецького президента Реджепа Тайіпа Ердогана. Про це повідомляє журнал Der Spiegel.

Свобода слова і преси не можуть бути предметом переговорів, заявив прес-секретар МЗС Німеччини Завсан Хеблі. Це також відноситься до верховенства права та незалежності судової системи, зазначила вона.

Заступник прес-секретаря Крістіана Віртц додала, що уряд ФРН «по дипломатичних каналах» роз'яснило Анкарі свою позицію про свободу преси і думок.

Віртц зазначила, що канцлер Ангела Меркель «в ряді випадків» також доносила до турецької сторони подання уряду ФРН. Правда, вона не озвучила реакцію Меркель конкретно щодо цього інциденту. Німецький канцлер утрималася від прямої критики на адресу Ердогана. Подробиці: Германия отреагировала на «дипломатическое вмешательство» Турции. Берлин, 30 марта 2016. – REGNUM. URL: <https://regnum.ru/news/polit/2108327.html>.

вирішення в конкретному випадку, чи буде вона забезпечувати його захист, в якій мірі вона це зробить, і коли це закінчиться. У цьому сенсі у неї є дискреційне право ...» (тобто свобода вибору, – *М. К.*) [117, с. 45, par. 79].

Згідно з визначенням, даним Комісією міжнародного права ООН в Текстах проєктів статей по дипломатичного захисту, «дипломатичний захист полягає в покликанні державою, за допомогою дипломатичних заходів або інших засобів мирного врегулювання, до відповідальності іншої держави за шкоду, заподіяну міжнародно-протиправним діянням цієї держави фізичній або юридичній особі, яка є громадянином або має національність першої держави, з метою імплементації такої відповідальності» [27]. Це визначення, в основному, охоплює поняття дипломатичного захисту в матеріальному сенсі, без претензій на включення процесуальних умов, необхідних для здійснення дипломатичного захисту. Передбачаються також виключення, коли заходи дипломатичного захисту також можуть здійснюватися стосовно негромадян, права яких були порушені.

Незалежно від вищезазначених напрямів в обговоренні поняття дипломатичного захисту юридичні норми, що стосуються цього інституту, можуть бути зведені у дві групи. Перша група, що стосується правил про статус осіб, які перебувають під територіальною юрисдикцією іншої держави, – так звані первинні правила, і друга група норм, що охоплює правила процедури здійснення самого дипломатичного захисту, яка знаходиться у сфері вторинних правил.

У зв'язку з безсумнівною важливістю інституту дипломатичного захисту Комісія міжнародного права сформувала робочу групу, яка була створена для визначення основних напрямків майбутніх досліджень Комісії.

Робоча група погодилася з тим, що з метою регулювання питань, пов'язаних з дипломатичним захистом, в майбутньому неминуче буде в основному виходити зі звичаєво-правових правил. Крім того, основна увага в роботі Комісії міжнародного права мала бути приділена розробці вторинних правил, що стосуються процедури здійснення дипломатичного захисту. Було

також зазначено, що в деяких країнах існують положення, а також практика, за допомогою якої можна зробити висновки про те, що надання дипломатичного захисту все частіше визнається і як право громадянина в деяких випадках, а не тільки як виключне право держави [209]. В майбутньому буде важко встановити право на дипломатичний захист в інтересах окремих осіб, але, ймовірно, воно буде викристалізовуватися за деякими правилами в цьому напрямку.

В цей час представлені сім доповідей спеціального доповідача з питання дипломатичного захисту в галузі міжнародного права, і ведеться редакційна робота над статтями. Точніше, це проєкт дев'ятнадцяти статей, які були прийняті Комісією з міжнародного права, представлені Генеральній Асамблеї у 2004 році. Очікується, що робота Комісії міжнародного права щодо подальшої кодифікації з цього питання продовжиться.

Застосування заходів, включених в дипломатичний захист, послужило основою для визначення цього правового інституту. Так, вважається, що дипломатичний захист може бути визначений як процедура, за допомогою якої реалізується відповідальність держав, що впливає із порушення особистих прав або власності іноземців [171, с. 1]. Такі визначення передують характеристиці дипломатичного захисту як процесуального інституту. З іншого боку, є визначення, в яких підкреслюється роль інституту дипломатичного захисту в міжнародному праві як основи для вжиття заходів в контексті цього порядку (тобто як матеріального інституту). Так, Вішер (*Charles de Vicher*) доходить висновку, що дипломатичний захист – це процедура, за допомогою якої держава підтверджує право своїх громадян на захист, яке відповідає міжнародному праву [128, с. 257]. Можна зробити висновок, що дипломатичний захист являє собою комплекс заходів, визнаних відповідно до міжнародного права, за допомогою яких держава діє в умовах розширеної юрисдикції щодо своїх громадян з метою захисту своїх прав при дотриманні встановлених необхідних умов.

Тут необхідно підкреслити незаперечний зв'язок дипломатичного

захисту з відповідальністю держави, оскільки необхідно виділити умови відповідальності іншої держави з точки зору атрибуції порушення прав іноземного громадянина, а також вичерпання внутрішніх механізмів захисту. Такий важливий зв'язок змусив першого доповідача Гарсія Амадора включити питання про дипломатичний захист в проєкт статей про відповідальність держав².

На основі різних визначень дипломатичного захисту можуть бути виділені його основні функціональні характеристики:

- це інститут, який охоплює процедурні механізми на міжнародному рівні;
- дипломатичний захист – це дискреційне право держави, і тільки вона уповноважена оцінювати, необхідно чи ні приймати відповідні заходи;
- дипломатичний захист – це процедура, обмежена нормами міжнародного права, і, отже, з метою захисту не допускаються ніякі примусові заходи [77];
- як передумова здійснення, мають бути вичерпані інші засоби правового захисту, а також вимога тривалості та збереження стану громадянства держави, яка надає дипломатичний захист;
- дипломатичний захист не включає заходи, які міжнародна організація може прийняти для захисту прав своїх посадових осіб;
- зміст заходів дипломатичного захисту знаходиться у відкритому доступі, вони здійснюються офіційними державними органами або за їх дорученням;
- закінчення дипломатичного захисту завжди знаходиться під юрисдикцією держави громадянства;
- застосування заходів дипломатичного захисту передбачає існування юридичної фікції, що порушення прав людини також є порушенням прав самої держави.

² Проєкти були представлені в Комісію міжнародного права в 1956 і 1961 роках.

РОЗДІЛ 2. ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ КОНЦЕПЦІЇ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ

2.1. Поняття дипломатичного захисту

Під дипломатичним захистом зазвичай розуміється пред'явлення відповідно до міжнародного права державою претензій іншій державі, в тому випадку, коли остання, порушивши норми міжнародного права, завдала шкоди фізичній чи юридичній особі, що володіє громадянством держави-позивача, і ці збитки не було відшкодовано внутрішніми засобами правового захисту держави-відповідача. Слід проводити відмінність між власне дипломатичним захистом і дипломатичними та консульськими діями щодо сприяння громадянам та їх захисту, як це передбачається Віденською конвенцією про дипломатичні зносини 1961 року і Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року [210, с. 133].

В міжнародно-правовій доктрині немає єдності питання дефініції дипломатичного захисту.

На думку І. І. Лукашука, «дипломатичний захист – дипломатична процедура, за допомогою якої держава захищає права своїх громадян у випадку їх порушення міжнародно-протиправним діянням іншої держави, в якій вони не змогли добитися поновлення своїх прав, вичерпавши місцеві засоби юридичного захисту» [66, с. 201].

А. Вермеєр-Кюнцлі вважає, що поняття дипломатичного захисту ґрунтується на юридичній фікції, відповідно до якої «шкода людині розглядається як шкода, спричинена цілій державі, що дає право цій державі робити претензії; Комісія ж міжнародного права фактично затверджує цю фікцію у своєму проекті статей. Таким чином, це створює деякий комплекс процесів: порушення прав індивіда дає життя праву держави застосувати дипломатичний захист» [20**Ошибка! Источник ссылки не найден.**, с. 280].

Деякі дослідники (Д. С. Гвоздецький) дотримуються думки, що оскільки поняття дипломатичного захисту не закріплено жодним актом, «можна

запропонувати включити у текст Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 р. порядок надання дипломатичного захисту з боку уповноваженого державного органу, а в деяких випадках з боку міжнародних органів» [19]. Але, на нашу думку, це положення не є доцільним, через існування проекту статей, які, зокрема, і частково регулюють це питання.

Дипломатичний захист по суті справи полягає у виконанні процедури, що має на меті реалізацію відповідальності держави за шкоду, завдану іноземному громадянину, і забезпечення або відновлення його прав.

У науці міжнародного права існують три наукові концепції дипломатичного захисту: класична, сучасна (об'єктивістська) і змішана [240, с. 9-11]. Різниця між ними полягає в підході до питання про те, кому належить право вимагати відшкодування збитків, завданих іноземною державою фізичній або юридичній особі, – самій фізичній або юридичній особі чи державі, яка захищає їх інтереси.

Класична концепція (якої дотримуються, зокрема, такі автори, як Е. Борчард, Г. Бріггс) сходить до швейцарського юриста і дипломату Е. Ваттеля, який писав, що «той, хто погано поводить з громадянином, тим самим побічно завдає образу державі, яка захищає цьому громадянину. Суверен скривдженого громадянина повинен помститися за заподіяну йому образу і зобов'язати, якщо це можливо, кривдника повністю відшкодувати збиток або покарати кривдника, якщо інше означало б, що громадянину не дали скористатися таким великим благом громадянського спілкування, яким є безпека» [13, с. 254-255].

Ця концепція передбачає, що сама держава вважається «потерпілим» в результаті збитків, завданих вихідцям з цієї держави іноземною державою, і у зв'язку з цим отримує безпосереднє право на здійснення дипломатичного захисту. Рішення держави громадянства про те, щоб підтримати індивідуальний позов, приймається на її розсуд, і цей позов виводиться на міжнародний рівень таким чином, що відтепер лише держава-позивач розпоряджається її долею. Держава-відповідач повинна відшкодувати збиток

не фізичній або юридичній особі держави-позивача, а самій цій державі [240, с. 9].

Відповідно до *об'єктивістської концепції* (якої дотримуються такі автори, як Ссель, Політіс, Ла Прадель) в результаті протиправного акта держави-відповідача шкода завдається лише фізичній або юридичній особі, а не державі, громадянство якої ця особа має, і право вимагати відшкодування завданих збитків належить лише цій фізичній або юридичній особі. Держава є, з точки зору прихильників цієї концепції, лише свого роду уповноваженим, зобов'язаним діяти в ім'я і «на благо будь-якого суб'єкта права, що належить до державної спільності», а не тільки тих суб'єктів права, які мають громадянство цієї держави. Держава відповідно не користується ніяким властивим лише їй правом, і її втручання необхідне лише у зв'язку з відсутністю у фізичних і юридичних осіб можливостей пред'явити міжнародний позов. У цьому випадку, на думку об'єктивістів, громадянство фізичних (юридичних) осіб не має ніякого значення, і будь-яка держава може здійснювати їх дипломатичний захист [240, с. 10].

Об'єктивістська концепція найдалі відходить від міжнародної практики в галузі дипломатичного захисту.

Сформована відносно недавно *змішана концепція* (якої дотримуються Л. Дюбуа, Перрен) певним чином поєднує перші дві теорії. Її послідовники вважають, що протиправний акт завдає шкоди як фізичній (юридичній) особі, так і державі, громадянином якої ця особа є, і право вимагати відшкодування завданих збитків належить як цій фізичній (юридичній) особі, так і державі громадянства.

Як пише один з прихильників цієї концепції Л. Дюбуа, «аналіз позитивного права щонайменше змушує взяти до уваги, що дипломатичний захист являє собою інструмент захисту права потерпілого, але що він приводиться в дію на рівні відносин між державами. Права обох держав і право потерпілого тут обов'язково взаємопов'язані» [145, с. 639-640].

Ці права з точки зору прихильників «змішаної» концепції по суті своєї й

за змістом абсолютно різні, але зникнення одного права викликає зникнення іншого. Право держави надавати дипломатичний захист виникає у зв'язку з порушенням міжнародних зобов'язань, які бере на себе держава перебування стосовно дотримання норм міжнародного права в особі іноземців, які перебувають на її території. Що стосується права фізичної (юридичної) особи, то джерело цього права слід також шукати в області міжнародного правопорядку. Але оскільки, на думку представників «змішаної» концепції, фізична (юридична) особа не є суб'єктом міжнародного права і не може направляти рекламації безпосередньо в міжнародні інстанції, тільки держава може захистити їх права. Відшкодування шкоди державою-відповідачем фізичній (юридичній) особі має задовольнити позов держави-позивача і покласти край спору [240, с. 10–11].

Слід зазначити, що Міжнародний суд ООН дотримується класичної концепції, і вона є основою міжнародної практики в області дипломатичного захисту.

Інститут дипломатичного захисту охоплює в основному процедурні аспекти, що стосуються зобов'язань щодо захисту прав іноземців.

До появи конвенцій з прав людини після Другої світової війни, технічно не було процедур, доступних за міжнародним правом індивіду для його захисту від порушення його прав з боку його власної держави. Але якщо права людини, які належать до міжнародних стандартів поведінки і можуть бути порівняні з нинішніми правами людини, порушувалися за кордоном іноземною державою, держава громадянства цієї особи могла втрутитися і захистити її від допущених щодо неї порушень.

Теоретично інститут дипломатичного захисту був універсальним, але на практиці саме потужні західні держави користувалися цим привілеєм. Як правило, саме держави, громадяни яких найчастіше виявлялися за кордоном, з більшою готовністю втручалися в захист своїх громадян, з якими не поводитися відповідно до звичайних стандартів цивілізації, встановлених цими самими державами. Як результат, дипломатичний захист став

розглядатися країнами, що розвиваються, зокрема латиноамериканськими, як дискримінаційне здійснення влади, а не як засіб захисту законних прав іноземців.

Дипломатичний захист ґрунтувався на теорії про те, що порушення прав громадянина за кордоном є заподіянням шкоди її національній державі. Цей матеріальний аспект мав важливі наслідки [74]. Наприклад, в одному випадку він служив виправданням для військового втручання? або так званої дипломатії «канонерського човна», в іншому – він дозволяв американським і європейським державам дати відсіч спробам латиноамериканських держав змусити іноземців, які ведуть бізнес в Латинській Америці, відмовитися від процедури дипломатичного захисту на тій підставі, що громадянин не може відмовитися від права, що належить державі [222]. Цей останній аспект дипломатичного захисту як і раніше зберігає свою актуальність.

Право на захист іноземців (яке повинно починатися з переговорів з приймаючою державою) часто супроводжувалося застосуванням сили. Це можна проілюструвати англо-бурською війною 1899-1902 рр., яку Велика Британія виправдовувала необхідністю втручання для захисту своїх громадян, які володіли золотими копальнями в Вітватерсранді. Під приводом захисту своїх громадян здійснювалася військова інтервенція США в Латинській Америці (втручання в Гренаді в 1983 році та Панамі в 1989 році).

З розвитком права прав людини, зокрема прийняттям договорів про права людини, стали висловлювати думку, що дипломатичний захист застарів і що право держави відстоювати своє право, коли вона діє від імені свого громадянина – це застаріла фікція, яку слід відкинути, за винятком, можливо, випадків, коли зачіпаються реальні національні інтереси держави. Зокрема, велися дебати з питання, чиї права відстоюються, коли держава здійснює дипломатичний захист у відношенні громадянина, – однак загальновизнане правило звичаєвого міжнародного права полягає в тому, що держава має право захищати своїх громадян за кордоном. З цією метою, попри те що держава, в якій було допущено правопорушення, має територіальну юрисдикцію над

іноземцем, держава громадянства зберігає персональну юрисдикцію над своїм громадянином, навіть коли він мешкає в іншій державі [178, с. 453]. Класичне формулювання цієї позиції про наслідки персональної юрисдикції держави громадянства було дано Постійною палатою міжнародного правосуддя в Справі про палестинські концесії Мавроматіса: *«Елементарним принципом міжнародного права є те, що держава має право захищати своїх підданих у разі порушення їх прав діями, що суперечать міжнародному праву, здійсненими іншою державою, від якої вони не змогли отримати задоволення по звичайних каналах. Розглядаючи справу одного зі своїх громадян і вдаючись до дипломатичних дій або міжнародним судових процедур від його імені, держава насправді стверджує своє власне право – своє право забезпечувати в особі своїх громадян повагу до правил міжнародного права»* [186].

Згідно з традиційною думкою, держава громадянства діє від свого імені, оскільки заподіяння шкоди її громадянину є завданням збитків самій державі. Право держави громадянства на здійснення захисту таким чином було підтверджено як в судовій практиці [191; 195], так і в доктрині [151, с. 1046; 171; 178, с. 453]. Частково право на дипломатичний захист було кодифіковано в статті 3 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 року і в статті 5 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року, хоча ці положення охоплюють ширше коло. Перше належить до функції дипломатичних і консульських місій: захист в державі перебування інтересів акредитуваної держави та її громадян у межах, що допускаються міжнародним правом (п. b ч. 1 ст. 3 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 року, ст. 51 Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року). Тією мірою, в якій це положення поширюється на захист дипломатичними та консульськими представництвами після того, як було завдано збитків громадянину у приймаючій державі, це положення кодифікує дипломатичний захист.

Цей інститут відомий і національному праву, наприклад, у ч. 3 ст. 25 Конституції України говориться, що: «Україна гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами» [49].

Загальна згода щодо права держави здійснювати дипломатичний захист призвела до визначення дипломатичного захисту в термінах, які відбивають традиційний державоцентристський підхід.

Наприклад, Борчард вважав, що дипломатичний захист за своєю суттю є міжнародним розглядом, що становить собою «заклик нації до нації до виконання зобов'язань одна перед одною, виходячи з їх взаємних прав та обов'язків» [120, с. 354, 357]. Джозеф писав, що «дипломатичний захист може бути визначений як процедура введення в дію відповідальності держави, пов'язаної з порушеннями міжнародного права, що виникають в результаті порушення прав громадянина або його майна» [171, с. 46]. С. Фішер визначив дипломатичний захист як «процедуру, відповідно до якої держави підтверджують право своїх громадян на поведження відповідно до міжнародного права» [234, с. 90]. Один з доповідачів Комісії міжнародного права ООН описав дипломатичний захист як «механізм або процедуру притягнення до міжнародної відповідальності приймаючої держави» [118, с. 4]. І далі: «З самого початку дипломатичний захист розглядався як наслідок юрисдикції держави над її населенням, коли представники цього населення, перебуваючи на чужій території, зазнали збитків в порушення міжнародного права» [118, с. 4]. Доповідач КМП з питання про дипломатичного захисту у своїй доповіді пояснив цю концепцію як «дії, вжиті державою проти іншої держави, щодо заподіяння шкоди особистості або майну громадянина, спричиненої міжнародно-протиправним діянням чи бездіяльністю, що ставиться до останньої державі» [74, с. 11, ст. 11].

Сама Комісія міжнародного права ООН в статті 1 свого остаточного проєкту статей, представленого в ГА у 2006 році, однозначно заявила, що: дипломатичний захист полягає в покликанні державою, за допомогою дипломатичних заходів або інших засобів мирного врегулювання, до відповідальності іншої держави за шкоду, заподіяну міжнародно-протиправним діянням цієї держави фізичній або юридичній особі, яка є громадянином або має національність першої держави, з метою імплементації

такої відповідальності [27, с. 16].

Це визначення покликане описати основні елементи дипломатичного захисту, вказавши при цьому сферу дії механізму захисту громадян, які постраждали за кордоном.

Як видається, необхідно проводити різницю між дипломатичним захистом як інститутом міжнародного права і дипломатичним захистом як інститутом внутрішньодержавного права.

Право на дипломатичний захист в міжнародному праві мають держави як суб'єкти міжнародного права. Інші держави повинні це право поважати. У самої фізичної або юридичної особи права на дипломатичний захист в міжнародно-правовому сенсі існувати не може, оскільки фізичні та юридичні особи суб'єктами міжнародного права не є.

Вважається, що зараз фізичні та юридичні особи все більшою мірою набувають якості, властиві суб'єктам міжнародного права [118, с. 2]. У низці випадків згідно з чинним міжнародним правом вони дійсно отримують можливість безпосередньо звертатися в міжнародні інстанції для захисту своїх прав. Зокрема, фізичні та юридичні особи країн-учасниць Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року можуть безпосередньо звертатися до Європейського суду з прав людини зі скаргами на дії влади усіх рівнів, якщо останні тим чи іншим чином порушують зафіксовані в Конвенції права і свободи людини.

У пункті 1 частини III затвердженого рішенням Ради глав держав Співдружності Незалежних Держав від 24 вересня 1993 року Положення про Комісію з прав людини Співдружності Незалежних Держав, що є невіддільною частиною Конвенції Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини 1995 року, говориться, що «Комісія розглядає індивідуальні та колективні звернення будь-яких осіб та неурядових організацій з питань, пов'язаних з порушеннями прав людини будь-якої зі Сторін і входять до компетенції Комісії, відповідно до своїх правил процедури».

Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами, укладена в Вашингтоні 18 березня 1965 року, в разі виникнення спорів з державою-реципієнтом надає іноземним інвесторам право безпосередньо звернутися для їх врегулювання в створюваний відповідно до положень Конвенції Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів (МЦУІС) [42]. Право інвесторів звертатися в Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів зафіксовано в значній кількості двосторонніх договорів про розвиток міжнародних інвестицій та їх захисту, укладених між країнами-експортерами та країнами-імпортерами капіталу [118, с. 11].

Однак описані вище тенденції не є універсальними. Дія Європейської конвенції поширюється тільки на європейські країни, що її підписали, і Європейський суд з прав людини розглядає лише порушення тих прав, які знайшли закріплення в Конвенції. Приблизно те ж саме можна сказати й про Конвенцію Співдружності Незалежних Держав про права та основні свободи людини 1995 року з урахуванням того, що стаття 1 Конвенції передбачає, що «Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, викладені в цій Конвенції». Що стосується Вашингтонської конвенції 1965 року, то вона діє лише щодо певної категорії осіб (інвесторів) і правовідносин (інвестиційних спорів).

Як видається, ці методи наділення індивідів правом безпосереднього звернення до міжнародних інстанцій є додатковими, паралельними засобами поряд з дипломатичним захистом і певним чином дозволяють уникнути властивих останній недоліків, пов'язаних, перш за все, з тим, що в міжнародно-правовому сенсі фізичні (юридичні) особи не мають юридичного права на захист з боку держави громадянства.

Відповідно до Вашингтонської конвенції держава громадянства потерпілого навіть відмовляється від надання йому дипломатичного захисту при передачі справи в Міжнародний центр з урегулювання інвестиційних спорів. Пункт 1 статті 27 Конвенції передбачає: «Жодна з Договірних держав

не буде забезпечувати захисту або звертатися з позовами міжнародно-правового характеру, якщо мова йде про спори між її особами та іншою Договірною державою, з приводу яких є згода про передачу чи про передачу їх в майбутньому для вирішення через арбітраж, згідно з цією Конвенцією, за винятком випадків, коли Договірна держава відмовиться виконувати чи здійснювати дії згідно з рішенням, прийнятим щодо такого спору» [42].

Досить складно припустити, в якому напрямку і якими темпами буде розвиватися в майбутньому тенденція наділення фізичних (юридичних) осіб рисами міжнародної правосуб'єктності. У будь-якому випадку ця тенденція не змінює суті інституту дипломатичного захисту як права держави надавати захист своїм громадянам за кордоном.

У міжнародних документах з прав людини право громадянина на дипломатичний захист не закріплено. Міжнародно-правові документи закріплюють лише основні стандарти прав людини, а самі права закріплюються у внутрішньому законодавстві тієї чи іншої держави. У внутрішньому законодавстві право на дипломатичний захист у фізичних і юридичних осіб може бути зафіксовано, але це не завжди відбувається.

Так, відповідно до ч. 2 статті 25 Конституції України гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами [49]. Через це положення Україна зобов'язана надавати захист своїм громадянам, які перебувають на території інших держав, якщо є підстави вважати, що влада цих держав порушують права цих громадян, що передбачені законодавством держави перебування або впливають з міжнародних договорів і звичаїв. Передбачається, що це буде робитися за власною ініціативою української держави, незалежно від того, чи просять про надання захисту ті особи, права яких порушені.

Таку ж норму містить стаття 8 Закону України «Про громадянство України».

Відповідно до законів та інструкцій дипломатичним і консульським представникам Аргентини, Бельгії, Великобританії, Данії, Нідерландів, США

доручено здійснювати дипломатичний захист громадян та їхніх інтересів за кордоном [219, с. 280].

Як видається, навіть в тому випадку, коли внутрішнє законодавство надає громадянам (фізичним і юридичним особам) право на дипломатичний захист, держава здійснює його на свій розсуд і на своїх умовах (в інтересах держави й з урахуванням рівня та особливостей відносин з державою-відповідачем), не завжди дотримуючись повною мірою вимог, що висуваються потерпілими громадянами, а в певних випадках може відмовитися від своїх претензій до іноземної держави, виходячи з політичної доцільності.

Спеціальний доповідач Комісії міжнародного права ООН Мохамед Беннуна у своїй «Попередній доповіді про дипломатичний захист» з цього приводу писав: «Навіть якщо подібне зобов'язання згадується в текстах низки конституцій, насправді це більшою мірою моральне, ніж юридичне зобов'язання, оскільки на наміри держави громадянства чинять явний вплив політичні міркування і ступінь доцільності в залежності від характеру дипломатичних відносин, про які йде мова» [118, с. 13-14].

Звичайно, громадянин може звернутися до суду, звинувативши державу громадянства в тому, що вона не змогла належним чином реалізувати його право на захист від неправомірних дій іноземної держави. Однак цьому громадянину буде досить важко довести, що йому було завдано якоїсь шкоди саме тим, що держава не змогла надати йому дипломатичний захист. Представники держави громадянства можуть виправдовувати свої дії тим, що шкоду було завдано громадянину іншою державою, що держава громадянства намагалася зробити все можливе, але з об'єктивних, не залежних від неї причин, нічого не вийшло або вдалося отримати лише обмежену компенсацію за шкоду [201]. Адже насправді не існує такої міжнародної інстанції, яка могла б змусити іноземну державу повністю задовольнити претензії, які оголошуються у зв'язку з нанесеним іноземному громадянину збитком [120, с. 356].

Інститут дипломатичного захисту базується на звичаєвих нормах міжнародного права, що склалися на основі практики різних держав, рішень міжнародних трибуналів.

Термін «дипломатичний захист» використовується в низці міжнародних конвенцій і договорів (див., наприклад, статтю 127 Договір союзних держав із Німеччиною (Версальський договір) 1919 року [26], статтю 4 Конвенції, що регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство, 1930 року, статтю 27 Вашингтонської конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року [42]), проте визначення цього поняття в міжнародному договірному праві не дається. Все ж слід відзначити, що використання цього терміну в договірному праві свідчить про наявність у держави права на надання дипломатичного захисту.

У підставі дипломатичного захисту лежить компроміс між двома конфліктуючими принципами: персональним верховенством і територіальним верховенством держав. Як писав Е. Борчард, «право на дипломатичний захист являє собою ... обмеження територіального верховенства тієї держави, де іноземець влаштувався або веде свої справи» [120, с. 5].

Персональне верховенство держави полягає в тому, що між громадянином, який перебуває за кордоном, і державою його громадянства зберігається певний правовий зв'язок, який дуже обмежений територіальним верховенством держави перебування [93, с. 22]. Зокрема, держава громадянства стежить за становищем своїх громадян за кордоном і залишає за собою право при необхідності заступати за них.

Однак слід зазначити, що особа, яка перебуває за межами держави громадянства, підпадає під територіальну юрисдикцію держави перебування і має дотримуватися законів цієї держави.

Держава перебування, зі свого боку, зобов'язана дотримуватися певного мінімального рівня (стандарту) прав іноземців, що було вироблено в результаті багатовікової практики. Цей мінімальний стандарт являє собою

«ряд фундаментальних прав у сфері особистої безпеки, особистої свободи та приватної власності, які в різні епохи іменувалися «природними правами» або «правами людини» [120, с. 9].

Цей стандарт складається зі співпадаючих положень міжнародних договорів, що стосуються прав людини та режиму іноземців, і міжнародної практики. Фактично в умовах сучасності він рівнозначний закріпленим в міжнародно-правових документах основним правам людини, які держава зобов'язана надати особам, які знаходяться в межах її юрисдикції [97, с. 83].

Слід зазначити, що надання іноземцям національного режиму, рівності в правах з громадянами держави перебування відповідно до внутрішнього законодавства останньої на практиці не завжди буває достатнім для дотримання вищезазначеного мінімального стандарту. Може трапитися так, що обсяг прав, що надається законодавством держави перебування власним громадянам, на ділі нижче цього стандарту.

Крім того, існує і максимальний обсяг прав і обов'язків, які держава перебування може встановити для іноземців. Вона не може надати іноземцеві права або покласти на нього обов'язки, які представляли б собою вторгнення у сферу суверенних прав держави його громадянства і перешкождали б виконанню ним зобов'язань перед державою громадянства, позбавляли б його можливості користуватися правами, що випливають із його належності до громадянства останньої [97, с. 83-84].

Зазвичай іноземцям не надаються політичні права, що, зі свого боку, перешкоджає покладанню на них політичних обов'язків. Як правило, іноземці не можуть обирати та бути обраними до органів влади держави перебування, не можуть займатися професійною діяльністю, яка пов'язана з принесенням присягання вірності державі перебування. У багатьох країнах вони не можуть стати суддями, адвокатами, присяжними, свідками.

Держава перебування не може змусити іноземця стати її громадянином, якщо він сам не бажає цього. Грубим порушенням міжнародного права також стало б встановлення військового обов'язку для іноземців проти їх волі [120,

с. 43].

Крім усього іншого, держава перебування повинна дотримуватися своїх договірних зобов'язань щодо режиму іноземців.

У тому випадку, якщо держава перебування обмежує права іноземців понад мінімуму, що допускається міжнародним правом, або перевищує максимальний обсяг прав і обов'язків іноземців, або відступає в законодавстві про іноземців від договірних зобов'язань, або порушує власне законодавство про іноземців, держава громадянства має право надати дипломатичний захист своїм громадянам [97, с. 84], і держава перебування несе за ці порушення відповідальність перед нею.

Однак, як показує міжнародна практика, в певних випадках, при порушенні норм міжнародного права щодо поведінки з іноземцями, держава перебування не завжди вважає, що вона повинна нести за це відповідальність саме перед державою їх громадянства (наприклад, в разі наявності у потерпілого подвійного громадянства).

Держави, як правило, на ділі прагнуть уникати двох крайнощів: а) залишати своїх громадян без будь-якого захисту; б) надавати дипломатичний захист своїм громадянам до вичерпання національних засобів правового захисту і без урахування вимоги «безперервності» громадянства.

Дипломатичний захист як концепцію можна пояснити наступним чином:

(I) Згідно з міжнародним правом, держава несе відповідальність за заподіяння шкоди іноземцю, викликане його протиправною дією чи бездіяльністю. Дипломатичний захист – це процедура, що застосовується державою громадянства потерпілого для забезпечення захисту цієї особи й отримання відшкодування за завдану міжнародно-протиправним діянням шкоду. Ця концепція охоплює тільки правила, що регулюють обставини, при яких може здійснюватися дипломатичний захист, і умови, які повинні бути виконані до того, як вони можуть бути здійснені [91].

(II) У визначенні дається чітка вказівка на те, що право дипломатичного

захисту належить державі; потерпіла людина як така не має ніякого права. При здійсненні дипломатичного захисту держава самостійно приймає рішення про підстави для захисту своїх громадян, що впливає з міжнародно-протиправного діяння іншої держави. Це формулювання відповідає вислову Міжнародного Суду в Справі *Interhandel*, де було заявлено, що держава-заявник «знайшла підставу для захисту свого громадянина», чиї права були порушені [159]. Юридична зацікавленість держави в здійсненні дипломатичного захисту виникає внаслідок заподіяння шкоди громадянину в результаті протиправного діяння іншої держави, яке вважається також протиправним щодо першої держави. На нашу думку, цей погляд на дипломатичний захист повинен бути скоригований з урахуванням додаткового права потерпілого іноземця.

(III) У більшості випадків зв'язок у вигляді громадянства між державою і потерпілим є підставою для здійснення дипломатичного захисту. Термін «національність» у визначенні охоплює як фізичних, так і юридичних осіб. У відповідних випадках право, що стосується фізичних осіб, має розглядатися окремо від права, що стосується юридичних осіб.

(IV) У визначенні чітко вказується, що охоплюється питання про дипломатичний захист з боку держави, а не про захист, що надається міжнародною організацією її агентам, який був визнаний Міжнародним судом у Справі про відшкодування (*Reparation Case*) [230] як право організації.

(V) Визначення не охоплює захист громадян, які є офіційними представниками держави. Офіційні особи держави захищені іншими нормами міжнародного права і документами, такими як Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 року і Віденська конвенція про консульські зносини 1963 року. Захист таких посадових осіб є наслідком прямої шкоди державі та не розглядається як просто дипломатичний захист громадян.

(VI) Визначення, маючи на увазі правила, що стосуються громадянства як необхідної умови для захисту громадян, прямо не включає вимоги про вичерпання національних засобів правового захисту. Можна стверджувати,

що таке посилення на вичерпання місцевих засобів захисту не потребує додаткових обґрунтувань є само собою зрозумілим. Однак слід визнати, що елемент вичерпання національних засобів правового захисту є основною передумовою дипломатичного захисту.

(VII) Найважливіше – дипломатичний захист повинен здійснюватися законними та мирними засобами. У кількох судових рішеннях проводиться відмінність між «дипломатичними діями» і «судовими розглядами» при описі дій, які можуть бути прийняті державою, коли вона вдається до дипломатичного захисту [186; 177]. Визначення йде далі, ніж інкорпорація цієї відмінності шляхом включення в нього судових розглядів під фразою «інші засоби мирного врегулювання». «Дипломатичні дії» охоплюють всі законні процедури, що застосовуються державою для інформування іншої держави про її погляди та проблеми, включаючи протест, прохання про розслідування або переговори, спрямовані на врегулювання спорів. «Інші засоби мирного врегулювання» охоплюють усі форми правового вирішення спорів, від переговорів, посередництва і примирення до арбітражного і судового вирішення спорів. Ці засоби виходять за рамки простої «дипломатії». Однак застосування сили, що заборонено статтею 2 (4) Статуту ООН, не є допустимим методом здійснення права на дипломатичний захист. Вжиті заходи повинні бути мирними та, безумовно, включають судові розгляди. У Справі по залізниці Панавежис-Салдутіскіс (*Panavezys-Saldutiskis Railway Case*) Постійна палата міжнародного правосуддя чітко розрізняє «дипломатичні дії» і «судові розгляди» [196, с. 16], проводячи розмежування, яке було повторено Міжнародним судом у Справі Ноттебома [191, с. 24] і Трибуналом з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами у справі № А/18 [227, с. 261]. Але ця різниця не є необхідною або корисною, і вона була обійдена увагою Комісією міжнародного права ООН.

2.2. Відмежування дипломатичного захисту від інших понять

Існують певні випадки, які передбачають дії дипломатичних або консульських посадових осіб по прямому захисту осіб (які можуть бути чи не бути іноземцями), але не включені в поняття дипломатичного захисту. Крім того, існує питання про захист співробітників міжнародними організаціями, що може вступати в суперечання з дипломатичним захистом і не охоплюється дипломатичним захистом.

Дипломатичний захист слід відрізнити від консульських дій або дій з боку дипломатів щодо громадян держави, де не було явного порушення міжнародного права щодо таких громадян [147, с. 18; 118, с. 4]. Так, наприклад, посли та консули в іноземних державах, які надають допомогу громадянам у торгівлі, інвестиціях або придбанні майна або у відвідуванні громадян у в'язницях з метою забезпечення того, щоб їх права не були порушені й щоб вони могли отримати юридичну допомогу, не діють в здійсненні права держави громадянства на надання дипломатичного захисту громадянам проти іноземних держав. Ці заходи здійснюються в ході дипломатичних або консульських дій щодо громадян в іноземних державах відповідно до норм міжнародного права, що стосуються функцій дипломатів і консулів, незалежно від того, чи впливають вони з конвенцій або звичаєвого права. Вони аж ніяк не залежать від порушення міжнародного права приймаючою державою щодо прав громадянина і не спрямовані проти приймаючої держави. Як було сказано: дипломатичні або консульські дії, спрямовані на сприяння в отриманні концесій або інших урядових контрактів, або забезпечення правовим захистом справедливо ув'язненого громадянина не є дипломатичним захистом; вони, як правило, не спрямовані проти іншої держави та не засновані на реальному або уявному порушенні міжнародного права [151, с. 1046].

Держави мають право здійснювати захист своїх дипломатів і консульських посадових осіб і членів їхніх сімей. Це право було визнано в цілому у звичаєвому міжнародному праві та нині кодифіковано у Віденській

конвенції про дипломатичні зносини 1961 року і Віденській конвенції про консульські зносини 1963 року. Звичаєве міжнародне право тривалий час визнавало, що право захищати таких осіб у випадках, коли порушувалися їхні права або їх майну заподіяно шкоду, не тільки надавалося державі, а й належало державі як прямий привілей. Шкода в такому випадку тлумачилась як «пряма» шкода державі, незалежно від того, чи є посадова особа громадянином держави, а шкода для індивіда – лише випадковою. У Справі про дипломатичний та консульський персонал Сполучених Штатів в Тегерані (*United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case* [164]) Міжнародний Суд побічно підтримав цю спільну позицію.

Крім дипломатичних і консульських посадових осіб і членів їхніх сімей існують інші державні агенти, такі як глави держав та члени закордонних установ [194] і навіть деякі агенти, щодо яких держави мають певні права, і право захищати яких надається державі та розглядається як засноване на прямій шкоді державі, подібно шкоді дипломатичним і консульським посадовим особам та їхнім сім'ям. Відповідні безпосередні (прямі) права вже давно визнані у звичаєвому міжнародному праві.

У всіх цих випадках держави не здійснюють дипломатичний захист, хоча при розрахунку шкоди може бути врахована шкода, завдана фізичній особі. Держава заявляє безпосереднє право, що належить їй, на підставі прямого свого збитку, щодо якого заподіяння шкоди людині є випадковим. Це право засноване на нанесенні престижу державі або втручанні у функціонування держави при виконанні її офіційних функцій [34, с. 61]. За цих обставин держава сама по собі не є потерпілим в особі свого громадянина в розумінні Ваттеля, але вона зазнає втручання в виконання своїх суверенних функцій.

Іншим випадком захисту посадових осіб є права міжнародних організацій щодо їх персоналу.

Події після Другої світової війни та створення ООН привели до:

(I) визнання міжнародної правосуб'єктності міжнародних організацій;

(II) визнання відповідальності держав або інших міжнародних організацій за порушення права щодо міжнародних організацій;

(III) права міжнародних організацій захищати свій персонал, порушення якого породжує міжнародну відповідальність відповідної організації [111, с. 393].

Міжнародна організація, що наділяється міжнародною правосуб'єктністю, виступає як самостійний суб'єкт, окремий від держав-членів і доповнює їх, і не є лише сукупністю цих держав. Вона являє собою окремий суб'єкт з функціями, правами та обов'язками. Крім обов'язків, організації також належать паралельні зобов'язання перед нею, зокрема, з боку держав-членів, виконання яких організація має право очікувати та, при необхідності, вимагати. Цей принцип був розглянутий Міжнародним Судом у Справі про відшкодування шкоди *Reparation Case*, в якій Суд заявив, що існує «незаперечне право Організації вимагати від своїх членів виконувати зобов'язання, прийняті ними в інтересах ефективної роботи Організації» [230, с. 184]. Суд підкреслив, що ефективна робота організації та виконання її завдань вимагають суворого дотримання зобов'язань держав-членів. З цією метою Міжнародний Суд визнав за необхідне, щоб в разі порушення Організація мала можливість звернутися до відповідальної держави з проханням усунути її невиконання і, зокрема, отримати від держави відшкодування шкоди, яку може бути заподіяно [230, с. 183].

Безсумнівно, міжнародні організації можуть володіти правами за міжнародним правом. Так, відповідно до угод про штаб-квартири або статутів організацій чітко передбачається, що організації матимуть права щодо держав. Це було побічно визнано в Справі *WHO Agreement Case* [164], в якій зобов'язання міжнародних організацій були спеціально підтверджені. Права ООН відповідно до міжнародних угод були визнані Міжнародним Судом в Справі місії спостерігачів ООП *PLO Observer Mission Case* [164]. З іншого боку, безсумнівно, є і зобов'язання держав перед міжнародними організаціями, головним чином відповідно до звичаєвого міжнародного права,

аналогічні відповідальності держав друг перед другом. Наприклад, держави можуть бути зобов'язані здійснювати певні дії або утриматися від них таким чином, щоб вони не завдавали збитків або шкоди інтересам міжнародних організацій. Існування зобов'язань міжнародних організацій за звичаєвим міжнародним правом було розглянуто Міжнародним Судом в Справі *WHO Agreement Case*, в якій Суд прийшов до висновку, що організації також мають права.

Права організацій можуть охоплювати необмежену сферу в залежності від їх здатності укласти договори та угоди, а також від практичних обставин і ситуацій, в яких вони знаходяться і функціонують. Неможливо визначити всі права, які можуть мати організації. Певною мірою вони можуть кореспондувати тим правам, які належать державам, проте залишається питанням, що є джерелом цих прав. Незрозуміло, чи виникають вони за аналогією з правами держав (загальні принципи права) або продиктовані звичаєвим правом. В організацій, безумовно, є права на погашення позик відповідно до кредитних угод або угод про надання допомоги, як, наприклад, з позиками та кредитами, наданими МБРР. Вони також мають права щодо захисту з боку держав, в яких розміщені їх штаб-квартири, згідно з угодою або за загальним міжнародним правом. Наприклад, в Справі про відшкодування шкоди *Reparation Case* Суд порахував, що не може бути оскаржене, що в ООН є права, пов'язані зі заподіянням шкоди її майну та іншим інтересам [230, с. 184].

Особлива увага приділяється, зокрема, праву організації на захист своїх співробітників щодо держав, починаючи з Консультативного висновку Міжнародного Суду по Справі про відшкодування шкоди *Reparation Case*. У ньому принциповим було питання, чи має ООН право подати позов проти держави за шкоду, заподіяну одному з її співробітників. У рішенні Суд, без детального обговорення питання, порахував, що держави несуть зобов'язання щодо ООН щодо захисту її співробітників під час виконання ними своїх обов'язків [230, с. 181]. Конкретний зміст обов'язки захищати або запобігати

заподіяння шкоди посадовим особам організації, тим не менш, не обговорювалося, але можна зробити висновок, що вона покладається за загальним міжнародним правом і відповідає обов'язкам держави перед іншими державами щодо їх посадових осіб.

Відносно захисту персоналу ООН стаття 100 Статуту ООН передбачає, що співробітники персоналу ООН при виконанні своїх обов'язків не повинні запитувати або одержувати вказівки від будь-якого уряду або влади, сторонньої для Організації. Вони повинні утримуватися від будь-яких дій, що могли б позначитися на їхньому становищі як міжнародних посадових осіб, відповідальних тільки перед Організацією. Кожен член Організації зобов'язується поважати суто міжнародний характер обов'язків Генерального Секретаря і персоналу Секретаріату й не намагатися чинити на них вплив при виконанні ними своїх обов'язків. Аналогічні положення передбачають статuti багатьох інших міжнародних організацій. Навіть якщо такі положення не включені до деяких статутних документів, вони мають на увазі позицію персоналу міжнародних організацій як міжнародних цивільних службовців. У Справі про відшкодування шкоди [*Reparation Case*] Міжнародний Суд відмовився прирівнювати правовий зв'язок, обумовлену положеннями Статуту, між ООН, з одного боку, і Генеральним секретарем і персоналом, з іншого боку, зі зв'язком, що існує між державою та її громадянами, у вигляді громадянства. Однак Суд вивів певні наслідки з положення співробітника міжнародної організації в його відносинах з організацією:

Для того щоб агент міг виконувати свої обов'язки, він повинен відчувати, що йому гарантований захист з боку Організації та що він може розраховувати на неї. Для забезпечення незалежності агента і, як наслідок, самостійності його дій, самої Організації вкрай важливо, щоб при виконанні своїх обов'язків йому не потрібно було покладатися на будь-який інший захист, ніж на Організацію ... Зокрема, він не повинен покладатися на захист своєї власної держави. Якщо йому доведеться покладатися на цю державу, його незалежність може бути скомпрометована, що суперечить принципу, що

закріплюється статтею 100 Статуту ООН. І, нарешті, дуже важливо: незалежно від того, чи є міжнародний службовець громадянином сильної або слабкої держави, держави, потерпілої або яку менш зачепило ускладнення міжнародного життя; держави, яка підтримує або не підтримує місію агента, – він повинен знати, що при виконанні своїх обов'язків він знаходиться під захистом Організації [230, с. 182].

Суд раніше вже прийшов до висновку, що Організація є окремим суб'єктом міжнародного права, внаслідок чого держави-члени не тільки несуть обов'язки перед нею, але піддаються, якщо необхідно, певним зобов'язанням. Отже, незалежність організації стала особливо важливою. Однак незалежність організації зумовлювалась незалежністю персоналу. З цієї причини останній отримав особливе юридичне значення. Таким чином, логічним висновком є те, що право організації щодо держав-членів, зокрема, щодо захисту і вимогу захисту своїх співробітників при виконанні обов'язків, мається на увазі. Разом з тим слід зазначити, що думка Суду також передбачає, що, по-перше, міжнародний службовець не перестає бути громадянином своєї країни у своїй особистій якості; по-друге, у своїй офіційній якості та при виконанні своїх функцій він виступає як службовець організації; і, по-третє, в разі конфлікту статус службовця міжнародної організації повинен переважати.

Важливе питання стосується права організацій заявляти свої претензії, коли їх міжнародні права порушені. У справі про відшкодування шкоди *Reparation Case* Міжнародний Суд дійшов висновку, що, як і в разі претензій з боку держав, підставою будь-якої міжнародної вимоги міжнародної організації має бути порушення зобов'язання, належного їй на міжнародному рівні, державою-відповідачем:

Не можна сумніватися в тому, що Організація здатна пред'явити міжнародну претензію до одного з її членів, який завдав їй шкоди, порушивши свої міжнародні зобов'язання щодо неї. Оскільки вимога ґрунтується на порушенні міжнародного зобов'язання з боку держави-члена Організації, що несе відповідальність перед Організацією, держава-член не може

стверджувати, що це зобов'язання регулюється національним законодавством, і Організація уповноважена поставити вимогу міжнародного характеру [230, с. 180].

Суд заявив, що в разі міжнародної організації такі повноваження випливають з її цілей і функцій, зазначених в її установчих документах або вироблених на практиці. У випадку з ООН її функції мали такий характер, що вони не могли ефективно бути виконані, якщо тільки не визнавати, що організація володіє здатністю пред'являти міжнародні претензії, коли це необхідно для виконання її функцій. Суд вказав що: «Не можна допускати, щоб ... всі члени Організації, за винятком держави-відповідача, повинні були об'єднати свої претензії до відповідача у зв'язку зі збитком, що зазнала Організація» [230, с. 180]. ООН як організація мала можливість пред'являти претензії до держав в цілому по двох категоріях справ: (і) якщо у зв'язку із протиправним діянням відповідної держави сама організація зазнала прямої шкоди або шкоди її майна, активів, фінансів або інтересів; і (ii) стосовно особистих втрат або шкоди, заподіяної або понесеної службовцем або агентом організації під час виконання своїх обов'язків, що випливають з такого акту, і додаткового збитку, завданого самій організації цим же актом. Суд послався на незручності, які можуть виникнути, якщо організація не наділена статутних повноважень в цьому питанні.

У першому випадку такі повноваження організації легко визнати, оскільки вони є необхідним атрибутом корпоративного характеру організації та володіння нею міжнародною правосуб'єктністю. Однак відповідні повноваження щодо другої категорії менш очевидні з двох причин: по-перше, оскільки службовець або агент організації також є громадянином держави, яка *prima facie* має право пред'являти претензію від його імені; і, по-друге, оскільки вимога організації від його імені може здатися, на перший погляд, такою, що не відповідає правилу, яке зазвичай застосовується в разі претензій з боку держав в інтересах осіб, що тільки держава, громадянином якої є постраждала сторона, може подати позов від її імені. Суд вирішив ці труднощі,

пославшись на два основних принципи. Перший, позитивний, полягав у тому, що спеціальні відносини між організацією та її службовцями вимагали для ефективного виконання останніми своїх функцій і через них для виконання своїх функцій організації та для ефективного збереження їх незалежності, що організація повинна мати можливість надавати захист своєму службовцю і в разі необхідності пред'являти позов від його імені. Другий принцип полягав у тому, що правила, що стосуються громадянства претензій, застосовуються тільки до тих випадків, коли громадянство потерпілого є єдиною підставою для юридичного правопорушення, заподіяного державі-заявнику, що дає йому право пред'явити позов, і що вони не перешкоджали пред'явленню вимог особами, громадянином яких не була постраждала особа, якщо існує інша підстава, що обґрунтовує таку вимогу.

По першому з цих пунктів Суд заявив, що Статут прямо не дає Організації Об'єднаних Націй можливості включити в її позов вимогу про відшкодування шкоди, заподіяної особам, які мають право на її захист, і, отже, спочатку необхідно встановити, чи передбачають положення Статуту, що стосуються функцій ООН, та роль, яку відіграють її службовці у виконанні цих функцій, що Організація може надати своїм агентам обмежений захист, який буде полягати в пред'явленні позову від їхнього імені внаслідок відшкодування шкоди, заподіяної у зв'язку з виконанням їх функцій як службовців міжнародної організації. Робота ООН вимагає направлення офіційних місій в найбільш гарячі частини світу, в яких члени місії піддаються підвищеній небезпеці, впливу якої не зазнають звичайні особи. Крім того, можливо також, що вимога про відшкодування шкоди, заподіяної агенту організації при виконанні ним місії, не може бути належним чином заявлена державою його громадянства або якщо вона не захоче цього робити. Ефективність і незалежність персоналу вимагають їх захисту. Таким чином, висновок Суду полягав в наступному: «Вивчивши характер функцій, покладених на Організацію, і характер місій її агентів, стає ясно, що повноваження Організації вживати заходів функціонального захисту своїх

агентів випливають з необхідністю зі Статуту» [230, с. 184].

По другому питанню про відсутність зв'язку у вигляді громадянства Суд пояснив, чому особливі відносини між організацією та її службовцями або агентами, що не залежать від посилення на громадянство, дозволили організації пред'явити позов не тільки за шкоду або збитки, завдані самій організації, але також щодо особистих збитків або шкоди, заподіяної самому службовцю чи агенту. Питання полягало в тому, чому при пред'явленні позову щодо порушення міжнародного зобов'язання, яке належить їй, організація має бути здатна зробити щось більше, ніж заявляти претензію про збиток, заподіяний безпосередньо їй як організації, і чому вона повинна мати право також пред'являти позов безпосереднього від імені свого агента. Держава громадянства потерпілої особи може подати позов від імені свого громадянина, оскільки вона вважається жертвою порушення в особі її громадянина на додаток до того, що вона зазнала порушення зобов'язання, що належить їй. Але в разі міжнародної організації зобов'язання впливає з характеру, функцій і вимог міжнародної організації, які обумовлюють необхідність, щоб її агенти могли звертатися до неї, а не до будь-якої держави, включаючи державу їх громадянства, за захистом при виконанні своїх обов'язків від імені організації. Захист агентам ООН має бути наданий при виконанні ними своїх функцій, які впливають як зі Статуту, так і з деяких відповідних документів. Крім того, що це загальні зобов'язання держав-членів, стаття 2 (5) Статуту вимагає від них надання будь-якої допомоги Організації Об'єднаних Націй. Таким чином, порушення зобов'язання перед організацією дало організації, подібно державі громадянства потерпілої особи, її власне право на пред'явлення позову, попри те, що позов був пов'язаний із заподіянням особистої шкоди її агенту [230, с. 184].

Встановивши, що зв'язок громадянства не має вирішального значення для права організації пред'являти позов від імені її службовців, Суд далі прийшов до логічного висновку, що той факт, що потерпілий був громадянином держави-відповідача, не вплинув на право пред'являти вимоги.

Оскільки дія організації фактично спирається не на громадянство потерпілого, а на його статус агента організації, не має значення, чи є він громадянином держави, до якої звернена вимога. Таким чином, володіння агентом громадянством держави-відповідача не представляє ніяких перешкод для вимоги, що пред'являється організацією, з огляду на порушення зобов'язань щодо неї, що мало місце у зв'язку з виконанням своєї місії агентом [230, с. 186].

Висновок Міжнародного Суду пояснюється посиланням на той факт, що причина, по якій вимога не може бути пред'явлена державою, громадянином якої є потерпілий, коли він також є громадянином держави-відповідача, полягає в тому, що, оскільки захист, що надається останньою потерпілій особі, становить собою дію у внутрішньому плані, тому що він є громадянином останньої, незалежно від будь-якого іншого громадянства, яким ця особа може володіти, не було ніякої дії в міжнародному плані, яка могла б спричинити міжнародну претензію. За цих обставин не було порушення міжнародного зобов'язання, оскільки потерпіла сторона не є іноземцем щодо держави-відповідача, а остання не могла здійснити порушення правил, що стосуються поведінки з іноземцями, що зазвичай викликає міжнародну претензію від імені громадянина.

Ситуація може бути протиставлена ситуації, в якій підставою міжнародної претензії є не зобов'язання, що стосуються поведінки з іноземцем як таким, а зобов'язання, призначене для захисту місцевих громадян від певних видів поведінки з боку їх власної держави, які впливають з положень договорів про права людини або національних меншин. У таких випадках вимога не ґрунтується на шкоді, понесеній державою-заявником в особі її громадянина, в результаті порушення зобов'язання за загальним міжнародним правом поводитися з іноземцями належним чином. Така вимога заснована на окремому праві, що витікає, як правило, з договору, що існує незалежно від питання про громадянство.

Вимога міжнародної організації про відшкодування шкоди одному з її

службовців при виконанні його функцій аналогічна. Претензія не виникає внаслідок порушення зобов'язання за загальним міжнародним правом поводитися з іноземцями належним чином, але вона ґрунтується на порушенні певних зобов'язань перед організацією державами-членами, що виникають у зв'язку з умовами її установчих документів за аналогією із загальними нормами міжнародного права.

Міжнародний Суд також розглянув питання про вимоги (що суперечать одна одній) міжнародної організації від імені свого агента і держави його громадянства у зв'язку з одними й тими ж обставинами. Міжнародні суди вже стикалися з проблемою заяви претензії, в якій зацікавлені дві або більше національні держави, і як в такому випадку захистити таку державу-відповідача [230]. Як зазначив Суд, «не існує норми права, яка б віддавала пріоритет тій чи іншій державі або яка наказувала б ... утримуватися від заявлення міжнародної скарги» [191, с. 22].

Що стосується відносин з державами, які не є державами-членами, то Суд встановив, що в принципі ООН має здатність пред'являти міжнародні вимоги щодо держав, які не є членами Організації, у зв'язку зі шкодою, завданою її агентам. Оскільки міжнародна правосуб'єктність організації, хоча за походженням і впливає зі Статуту, існує як об'єктивний факт і тому наявна щодо держав-нечленів, поряд з атрибутами, що впливають зі Статуту і характеру і функцій Організації, включаючи здатність заявляти міжнародні скарги [191, с. 22].

Право міжнародних організацій пред'являти претензії в інтересах своїх співробітників не ґрунтується на дипломатичному захисту *per se*, а засноване на приписуванні організаціям прямого права, що стосується їх функціонування як суб'єкта міжнародного права.

Захист фізичних осіб відповідно до договорів.

Особи можуть бути охоплені системою правового захисту, що створена договорами. Договори можуть створювати конкретні матеріальні права, які стають значущими, зважаючи на процедурні структури, створені для

використання засобів правового захисту. Відповідно до цих договорів захист держави може надаватися незалежно від громадянства держави, що захищає. До них належать договори про захист меншин і конвенції з прав людини. Захист, що надається державами окремим особам згідно з такими міжнародними угодами, не може розглядатися як дипломатичний захист, але він характерний для таких угод.

Більш того, існують міжнародні угоди, які, принаймні, певною мірою витіснили дипломатичний захист або модифікували висвітлення дипломатичного захисту. Такими є домовленості відповідно до *Конвенції МЦУІС* і відповідно до багатьох двосторонніх інвестиційних договорів.

Як пояснювалося вище, право, яке було порушено, – це право держави, попри те, що первинна шкода була завдана громадянинові, права якого були порушені. Це традиційна і загальноприйнята точка зору, хоча окремі особи можуть (звичайно, за згодою держав їхнього громадянства) пред'являти претензії в міжнародних трибуналах. Коли держава, громадянином якої є постраждала особа, вживає таких заходів, вона здійснює дипломатичний захист і тим самим визнає разом з державою-відповідачем право на судове врегулювання претензій свого громадянина замість своїх власних прав на компенсацію³.

Сьогодні, визнаючи цю позицію, стаття 16 Текстів проєктів статей з дипломатичного захисту Комісії міжнародного права ООН передбачає, що: «Права держав, фізичних осіб, юридичних осіб або інших суб'єктів вдаватися відповідно до міжнародного права до дій або процедур іншим, ніж дипломатичний захист, для забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної міжнародно-протиправним діянням, не будуть зачіпатися справжніми проєктами статей» [92].

Звичаєві норми міжнародного права щодо дипломатичного захисту, що

³ Відповідно до Конвенції про МЦУІС 1965 року іноземці отримують право виступати в арбітражному провадженні з державою як іншою стороною, тоді як держави їх громадянства погодилися відмовитися від більшості початкових прав на здійснення дипломатичного захисту, принаймні до пізнішої стадії врегулювання спору (стаття 27 Конвенції 1965 року).

склалися, і більш сучасні принципи захисту прав людини, зокрема, доповнюють один одного і, у загальному підсумку, можуть розглядатися як службовці спільної мети – захисту прав людини [74, пар. 22-32]. Держави, в тому числі держава громадянства і держави, які не є державою громадянства потерпілого, мають право захищати особу або відповідно до звичаєвого міжнародного права, або відповідно до багатосторонньої або двосторонньої угодою про права людини або інших договорів. Фізичні особи або інші організації, такі як неурядові організації, також можуть вдаватися по міжнародному праву до дій або процедур, відмінних від дипломатичного захисту, для забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної в результаті міжнародно-протиправного діяння.

Держава може захищати негромадянина від держави громадянства потерпілої особи або третьої держави в міждержавному розгляді відповідно до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських і таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод, Американської конвенції про права людини та Африканської хартії прав людини та народів. Ці ж конвенції дозволяють державі захищати своїх власних громадян в міждержавних розглядах. Більш того, звичаєве міжнародне право дозволяє державам захищати права негромадян шляхом протесту, переговорів і, якщо це дозволяє юрисдикційний інструмент, судового розгляду. Таким чином, рішення Міжнародного Суду у Справі про Південно-Західну Африку 1962 роки (друга фаза) [164] про те, що держава не може розпочати судовий розгляд для захисту прав негромадян, сьогодні розглядається як «поганий закон» і було прямо відхилене Комісією міжнародного права ООН в статтях про відповідальність держав [91]. Крім того, стаття 48 цих статей дозволяє іншій, крім потерпілої, державі закликати до відповідальності іншу державу, якщо порушене зобов'язання є зобов'язанням, які зачіпають інтереси міжнародного співтовариства в цілому

(*erga omnes*). Таким чином, фізична особа може бути наділена правами та засобами захисту себе від держави-порушника, будь то держави громадянства або іншої держави, у світлі положень міжнародних конвенцій з прав людини. Найчастіше досягається це завдяки праву клопотати перед міжнародним органом зі спостереження за дотриманням прав людини [44, ст. 36].

Дії або процедури, згадані в статті 16 Проекту статей Комісії міжнародного права з дипломатичного захисту, включають дії, передбачені як універсальними, так і регіональними договорами з прав людини, а також будь-яким іншим відповідним договором, наприклад, окремими договорами про захист інвестицій. Стаття 16 не стосується національних засобів правового захисту. Проект цієї статті в першу чергу стосується захисту прав людини засобами, відмінними від дипломатичного захисту. Разом з тим він також охоплює права держав, фізичних осіб та інших осіб, що надаються договорами та звичаєвими нормами з інших питань, таких як захист іноземних інвестицій. Проекти статей не завдають шкоди таким правам, які існують відповідно до процедур, відмінних від дипломатичного захисту.

У статті 16 чітко вказується, що права, які держави, фізичні особи або інші організації можуть мати для забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної в результаті міжнародно-протиправного діяння, відповідно до процедур, відмінних від дипломатичного захисту, не ставляться під сумнів. Однак в тих випадках, коли держава вдається до таких процедур, вона сама по собі, через цей факт, не відмовляється від свого права здійснювати дипломатичний захист щодо окремої особи, якщо ця особа є її громадянином [218].

Стаття 17 Проекту статей Комісії міжнародного права передбачає, що статті про дипломатичний захист не застосовуються тією мірою, в якій вони несумісні зі спеціальними нормами міжнародного права, такими як договірні положення про захист інвестицій.

Іноземні інвестиції значною мірою регулюються і захищаються двосторонніми інвестиційними договорами (ДІД) [117; 201]. В останні роки число ДІД значно зросло, і сьогодні існує значна кількість таких угод.

Важливою особливістю ДІД є передбачена ними процедура вирішення інвестиційних спорів. Деякі ДІД передбачають пряме врегулювання інвестиційного спору між інвестором і державою, що приймає, або в арбітражі *ad hoc*, або в арбітражі, заснованому Міжнародним центром з урегулювання інвестиційних спорів (МЦУІС) відповідно до Конвенції про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами. Інші ДІД передбачають врегулювання інвестиційних спорів за допомогою арбітражу між державою громадянства інвестора (корпорації або акціонера) і приймаючою державою щодо тлумачення або застосування відповідного положення ДІД. Процедури врегулювання спорів, передбачені в ДІД і МЦУІС, надають іноземним інвесторам більше переваг, ніж звичайна система міжнародного дипломатичного права, оскільки вони дають інвестору прямий доступ до міжнародного арбітражу, вони уникають політичної невизначеності, властивої дискреційному характеру дипломатичного захисту і може привести до того, що інвестор забезпечить судові рішення, яке може бути виконане безпосередньо в національному суді. У разі застосування процедур вирішення спорів, передбачених у ДІД або МЦУІС, дипломатичний захист в більшості випадків виключається [42, с. ст. 27(1)].

У статті 17 чітко вказується, що проекти статей не застосовуються до альтернативного, спеціального режиму захисту іноземних інвесторів, передбаченого двосторонніми та багатосторонніми інвестиційними договорами. Разом з тим вона визнає, що деякі договори не виключають можливості застосування дипломатичного захисту взагалі. Отже, положення формулюється таким чином, щоб проекти статей не застосовувалися «тією мірою, в якій вони» не відповідають положенням ДІД (або багатостороннього інвестиційного договору – БІД). Тією ж мірою, в якій проекти статей узгоджуються з ДІД (або БІД), про які йде мова, вони продовжують застосовуватися. До цієї статті також відносяться положення договорів, що стосуються, наприклад, інвестицій, договорів про дружбу, торгівлю і судноплавство. У справі «Діалло» (попередні заперечення) *Diallo Case*

(*Preliminary Objections*) в Міжнародному Суді держава-заявник відстоювала позицію на користь зміни звичаєвого міжнародного права, що стосується захисту акціонерів корпорацій шляхом «заміщення», спираючись на договори, такі як Конвенція МЦУІС, і компроміс, який регулює певні арбітражні розгляди. Суд абсолютно ясно вказав, що він не може погодитися з тим, що така зміна мала місце, заявивши: «Той факт, що Гвінея посилялася на різні міжнародні угоди, такі як угоди про заохочення і захист іноземних інвестицій і Вашингтонську конвенцію, які встановили спеціальні правові режими, що регулюють захист інвестицій, або що положення в цьому відношенні зазвичай включаються в контракти, укладені безпосередньо між державами та іноземними інвесторами, недостатньо для того, щоб говорити про те, що відбулися зміни у звичаєвих правилах дипломатичного захисту; він може в рівній мірі свідчити й про зворотне». Арбітражні розгляди, на які посилялася Гвінея, також є особливими випадками, будь то на основі конкретних міжнародних угод між двома або більше державами, в тому числі є підставою для відповідальності за протиправні дії відносно відповідних компаній (див., наприклад, спеціальна угода, укладена між Американським, Британським і Португальським урядами в справі *Delagoa*, або в Справі сальвадорської комерційної компанії між Сальвадором і Сполученими Штатами Америки) або на основі угод, укладених безпосередньо між компанією і державою, імовірно відповідальних за заподіяння їй шкоди (див., наприклад, справу інвестиційного центру *Biloune v Ghana Biloune v Ghana Investment Centre case*) [164].

Очевидно, що Суд не вважав, що договори й компроміс ґрунтуються на послідовній практиці, підкріпленій необхідним *opinio iuris*, що могло б призвести до зміни правової норми. Швидше навпаки, він розглядав такі рішення як особливі випадки, які розглядаються окремо і по суті.

Крім того, можуть бути спеціальні угоди як *lex specialis* для захисту людини в контексті ЄС [225, с. 277].

2.3. Правова природа та сутність дипломатичного захисту

2.3.1. Зіткнення інтересів в дипломатичному захисті

Захист іноземців з боку національних держав в тій чи іншій формі мали місце до XVIII століття, але тільки Ваттель вперше зробив безпосередню спробу пояснити дипломатичний захист. У 1758 році Ваттель дав раціональне обґрунтування позиції твердженням, що «*Quiconque maltraite un citoyen offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen*» – Будь-хто, хто погано поводить з громадянином, побічно ображає державу, яка має право захищати цього громадянина. Далі він пояснив, що «суверен потерпілого громадянина повинен відплатити за скоєне і, якщо можливо, примусити агресора виплатити відшкодування і покарати його, оскільки в іншому випадку громадянин не отримає головної мети громадянського суспільства, якою є захист» [13, с. 163].

Хоча обов'язок держави щодо захисту власних громадян від протиправних дій ніколи не сприймався сам по собі, принцип, згідно з яким право, порушене у випадках заподіяння іноземцю незаконного збитку з боку держави, є правом держави громадянства іноземця, а не правом самого іноземця, очевидно впливає з теорії про те, що суб'єктами міжнародного права є тільки держави, був визнаний в кількох міжнародних судових рішеннях.

Починаючи зі Справи про концесії Мавроматіса *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, Постійна палата міжнародного правосуддя постановила, що:

Відповідно до загального принципу міжнародного права держава уповноважена захищати своє населення в разі порушення їх прав діями, які суперечать міжнародному праву, що скоєні іншою державою, від якої вони не змогли отримати задоволення по звичайних каналах. Беручись за справу одного зі своїх громадян і вдаючись до дипломатичних заходів або міжнародних судових розглядів від його імені, держава насправді відстоює свої власні права – право забезпечити, в особі своїх громадян, повагу норм

міжнародного права [186].

Пізніше, в Справі по залізниці Панавежис-Салдутіскіс *Panavezys-Saldutiskis Railway Case*, яка стосувалася експропріації концесії, наданої естонській компанії урядом Литви, Постійна палата міжнародного правосуддя, розглядаючи попередні зауваження, що стосуються правила про національність претензій, підтвердила цю точку зору, ухваливши, що «на думку Суду, норма міжнародного права, на якій ґрунтується попереднє заперечення, полягає в тому, що при вступі в справу свого громадянина шляхом звернення до дипломатичних засобів або міжнародного судового розгляду від його імені, держава насправді відстоює своє власне право, право забезпечити в особі його громадянина повагу норм міжнародного права» [195].

У Справі про сербські борги *Serbian Loans Case* [197], яка стосувалася відмови в обслуговуванні безперечних боргів, прийнятих урядом Сербії перед французькими власниками облігацій, а також в Справі про Хожувську фабрику *Chorzów Factory Case* [149], яка стосувалася експропріації іноземної власності, був визнаний застосовним цей же принцип. У першій справі, ґрунтуючись на застосуванні даного принципу, Суд визнав, що переданий йому спір був суперечкою між державами. В останній справі Суд застосував цей принцип, зробивши висновок, що збиток, заподіяний державі-позивачеві, не був ідентичний шкоді, завданій їй підданому, і підставою для розрахунку відшкодування збитків.

Міжнародний Суд ООН також підтвердив даний принцип в декількох справах. У Справі про відшкодування шкоди *Reparation Case*, Суд зазначив правило, притаманне інституту дипломатичного захисту, що такий захист має здійснюватися державою громадянства іноземця: по-перше, держава-відповідач порушила зобов'язання перед державою громадянства іноземця; по-друге, тільки сторона (держава), на користь якої підлягає виконання зобов'язання, може подати позов щодо його порушення [230].

Цей принцип був згаданий в цій справі в процесі встановлення іншої норми міжнародного права, що міжнародні організації також мають право на

захист своїх службовців у зв'язку з виконанням їх посадових обов'язків, такі права належать організації, а не службовцю. Даний принцип був підтверджений Міжнародним Судом ООН в Справі Ноттебома *Nottebohm Case* [191], в якій були встановлені вимоги в наявності зв'язку між людиною і державою у вигляді громадянства, і побічно в справі Баселона Трекшн Компані *Barcelona Traction Co Case* [117], в якій знову розглядалося застосування правила про національність вимоги.

У Справі Ноттебома Міжнародний Суд заявив, що держава, яка бажає здійснити дипломатичний захист, має довести, що між громадянином, що добивається захисту, і державою є «справжній зв'язок» [191, с. 4].

Є кілька рішень інших міжнародних трибуналів, в яких також визнавався цей принцип. Так, в Адміністративному рішенні *Administrative Decision* № V Американсько-німецької комісії з претензій містилося, що «державі завдається шкода через шкоду, яку завдають її підданому, і виключно вона має право вимагати компенсації» [129, с. 1479; 188].

Ці справи охоплюють заподіяння шкоди внаслідок передбачуваного порушення звичаєвого міжнародного права, а також договорів, що містять зобов'язання, прийняті щодо іноземців. Немає потреби проводити відмінності між звичаєвим міжнародним правом і договорами щодо загального принципу, яким є право держави громадянства особи, яке порушується, коли заподіюється шкода іноземцю *per se*, в результаті чого здійснюється дипломатичний захист. З цієї причини було б неправильно говорити, що, якщо матеріальне зобов'язання міститься в договорі, кореспондуюче право належить державі громадянства, тоді як у разі зобов'язання за звичаєвим міжнародним правом, цим правом користується не держава громадянства, а сам іноземець.

Даний принцип також підтримується в офіційній кореспонденції державними радниками США. Так, в 1912 році Радник Держдепартаменту США заявив: «Слід, по-перше, помітити, що, підтримуючи вимогу свого підданого з відшкодування шкоди, заподіяної іноземним урядом, держава, що

захищає, заявляє вимоги самостійно» [156, с. 488]. У Справі *Finnish Ships Arbitration* Уряд Великобританії підтримав такий же підхід до дипломатичного захисту [129, с. 1481]. Багато доповідачів і проєкти з кодифікації беззастережно визнали, що цей принцип лежить в основі доктрини дипломатичного захисту [74, с. 152].

Попри це, незадоволеність таким загальновизнаним обґрунтуванням права на дипломатичний захист росла. Він зазнав нападів не тільки в силу чисто логічної непослідовності, яку виявляло чинне право, але також жорстко критикувався у зв'язку з тим, що він був несумісний із сучасною концепцією фундаментальних прав і свобод людини [192, с. 199].

На розвиток і зміст сучасного права дипломатичного захисту вплинуло безліч конкуруючих політичних інтересів: інтереси держави громадянства особи (яка має права, виступаючи як позивач) та інтереси держави перебування (на яку, як на відповідача, покладаються обов'язки щодо іноземця як результат взаємин між ними); право дипломатичного захисту також формується під впливом інших залучених конфліктуючих інтересів. Цей фактор, зокрема, важливий в дискусії про роль громадянства в дипломатичному захисті.

Інтереси держави громадянства визначили окремі важливі та давно встановлені правила дипломатичного захисту. Наведемо кілька прикладів:

– (I) Правило, що потерпілий іноземець повинен мати громадянство держави-позивача в момент заподіяння шкоди [195], впливає з прийняття в рахунок інтересу держави громадянства. Громадянство в момент заподіяння шкоди є тим зв'язком, який породжує права відносно людини в міжнародному праві. Модифікація, представлена в Справі Ноттебома [191], яка вимагає наявності справжнього зв'язку між громадянином і державою в обставинах конкретної справи, також може бути в цьому випадку пояснена за допомогою інтересів держави-позивача.

– (II) Існує правило, що застереження Кальво, що становить собою угоду між державою, що приймає, та іноземцем, відповідно до якої останній

погоджується не шукати захисту держави свого громадянства в разі заподіяння йому шкоди з боку держави перебування, не має беззастережного ефекту позбавлення держави громадянства її права застосовувати міжнародні засоби правового захисту до порушень міжнародного права, скоєним щодо свого громадянина [222, с. 217]. Це правило ґрунтується на тому, що інтереси, порушені в разі заподіяння шкоди іноземцю, належать державі його громадянства.

– (III) Загальновизнано, що шкода, за яку потрібно відшкодування, – це збитки, завдані державі громадянства, яка не збігається зі шкодою, завданою її громадянину, з тим щоб відшкодування в такому випадку не було еквівалентно збиткам, яких зазнав її громадянин [149]. Це правило також врахування інтересів держави громадянства.

– (IV) Причина, по якій держава громадянства має повний контроль за розпорядженням отриманим відшкодуванням за позовом і навіть не зобов'язана передати його громадянину, вимогу якого вона підтримала, полягає в тому, що вимога має публічний характер, заснований на інтересах держави громадянства [150].

– (V) Правило, згідно з яким держава громадянства може відмовитися або припинити підтримку позову, незалежно від побажань громадянина, також впливає з тих же інтересів [239, с. 282].

– (VI) Те, що громадянин може виступати як позивач під час розгляду у відношенні приймаючої держави в результаті заподіяння йому шкоди тільки за згодою держави свого громадянства, також показує врахування інтересів держави громадянства.

– (VII) Будь-яка держава, громадянин якої має подвійне або множинне громадянство, може здійснювати дипломатичний захист від імені такого громадянина в разі, коли громадянин не має громадянства держави-відповідача. Це є визнанням того, що інтереси всіх національних держав як держав громадянства захищені незалежно від інших міркувань.

Ці правила, які відбивають основний принцип, згідно з яким держава не

виступає як представник або від імені громадянина, вимогу якого вона пред'являє, але захищає свої власні права, служать безпосередньо захисту інтересів держави громадянства, яка сама може заявити претензії.

Деякі з правил, що діють в області дипломатичного захисту призначені для захисту *інтересів держави-відповідача*. Інтереси держави-відповідача повинні природно і законно розглядатися як такі, що суперечать інтересам держави-позивача. Наведемо кілька прикладів, які демонструють сказане:

(I) Правило, що іноземець не повинен мати громадянство держави-відповідача як в момент заподіяння шкоди, так і до моменту присудження [170, с. 100], є поступкою державі-відповідачу. Попри те, що людина може бути громадянином держави-відповідача, технічно це є порушенням права іншої держави, громадянином якої він є.

(II) Правило про вичерпання місцевих засобів правового захисту, перш ніж звертатися до заходів дипломатичного захисту, встановлюється в інтересах держави-відповідача, надаючи такій державі можливість виправити допущене нею порушення. Якщо порушуються матеріальні права держави громадянства, то логічно, що ця держава повинна мати право негайно пред'явити вимоги до держави-відповідача, будь то на національному, дипломатичному або міжнародному рівні. Надання державі-відповідачу можливості виправити допущене порушення через свої власні судові засоби захисту, які повинен вичерпати громадянин, відбиває поступку інтересам держави-відповідача.

(III) У цілому, вибір між інтересами держави-відповідача та інших держав громадянства на користь першої є захист інтересів цієї держави-відповідача.

(IV) Якщо державами може бути пред'явлено кілька вимог, вважається, що не може бути більше одного відшкодування збитків або компенсації. Такий стан показує визнання інтересів держави-відповідача, що вона не буде каратися більш ніж один раз, хоча технічно і логічно кожна держава громадянства отримує компенсацію за заподіяння шкоди та обмеження

гідності.

(V) Практика вирішення спорів шляхом звернення до Комісій за претензіями та третейських органів, в які громадяни мають право самостійно подавати скарги, показує, що компенсації підлягає лише шкода, заподіяна виключно їм, але не загальний збиток державі громадянства, що також певною мірою висуває інтереси держави-відповідача на передній план у порівнянні з інтересами держави громадянства потерпілого. Таким чином, інтересам держави громадянства не надається повне визнання.

Правила, що стосуються дипломатичного захисту, які розвивалися і застосовувалися на практиці, демонструють підхід, в якому підкреслюється важливе положення *інтересів особистості потерпілого іноземця*. Їх можна пояснити тим, що право в основному зацікавлене в захисті прав та інтересів самих іноземців. У таких випадках право не приділяє особливої уваги принципу, що порушене право належить державі громадянства. У певному сенсі право зацікавлене в захисті безпосередньо основних прав іноземця:

(I) Існують певні винятки з правила про те, що іноземець повинен мати громадянство держави-заявника на момент заподіяння шкоди. Можливо, що держава може підтримати позов іноземця, який не є її громадянином, через угоду, укладену до або після завдання шкоди державою-відповідачем. Точно так же іноземці можуть перебувати під особливим захистом держави, як правило, за згодою приймаючої держави, хоча вони не є громадянами цієї держави [230, с. 181]. У цих випадках не можна сказати, що закон просто захищає права конкретної держави.

(II) Виключення з застосування місцевих засобів правового захисту, що передбачає, що іноземець не може бути підданий надмірним труднощам у вичерпанні місцевих засобів правового захисту, визнає інтереси іноземця [110, с. 200].

(III) Збитки, понесені іноземцем, використовується як шкала для розрахунку шкоди. Хоча остаточне відшкодування може бути більше, ніж компенсація фактичних збитків іноземця, збиток, понесений іноземцем, є

підставою для присудження компенсації. Такі присуджені збитки можуть включати як матеріальні збитки, так і моральну шкоду, заподіяну іноземцю. Хоча економічні активи людини можуть бути визнані в силу фікції частиною багатства держави його громадянства, міжнародне право насправді не відносить такі активи до фактичної власності держави громадянства. Що стосується шкоди, заподіяної в результаті тілесних ушкоджень, включаючи моральні страждання, то було б важко вважати, що держава громадянства понесла таку шкоду навіть в силу юридичної фікції. Таким чином, очевидно, що право в такому випадку служить інтересам іноземця, а не держави його громадянства.

Ці та деякі перераховані вище правила свідчать про те, що міжнародне право визнає також характер скарги як приватних вимог, що належать іноземцю, на відміну від визнання публічного характеру вимоги, яка визнається реальною основою дипломатичного захисту.

Вибір серед конкуруючих інтересів.

Еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, отримали визнання одні або інші з них, однак основним принципом, що лежить в основі інституту дипломатичного захисту, є інтереси держави громадянства, з іншого боку, у міру їх розвитку, інші інтереси також враховувалися при формулюванні деяких правил дипломатичного захисту. Зокрема, не були проігноровані інтереси потерпілого іноземця, хоча часто стверджується, що формально порушуються не права іноземця, а права держави громадянства. Той факт, що іноземець сам по собі залучений в ситуацію, привів до формування певних правил. Більш того, іноді віддають перевагу інтересам держави-відповідача, а не формальним правам держави громадянства або інтересам іноземця.

Конкуренція між цими інтересами була вирішена на практиці щодо конкретних правил шляхом вибору на користь одних або інших, без будь-якого очевидного порядку або схеми, виходячи з потреб прагматизму. Таким

чином, неможливо з упевненістю стверджувати, що один або інший з цих інтересів обов'язково перевершує будь-який з інших. Згідно з традиційною думкою, інтереси держави громадянства в цілому або в першу чергу визначають рамки права дипломатичного захисту, хоча вони може і не становлять єдину основу права дипломатичного захисту.

Інтереси іноземця та приймаючої держави є важливими факторами у визначенні змісту певних правил дипломатичного захисту, таким чином, вони теж розглядаються як матеріальна основа права дипломатичного захисту. У разі конкуренції між різними інтересами в області дипломатичного захисту, коли правила нечіткі, важко категорично стверджувати, чому має бути надано перевагу, хоча формальна структура права на дипломатичний захист, яка ґрунтується на інтересах держави громадянства, може мати вирішальне значення. З іншого боку, інтересам потерпілого іноземця слід приділяти особливу увагу, зокрема в контексті сучасних тенденцій в області прав людини, які є результатом підвищеної стурбованості захистом особистості. У загальному підсумку, по суті, інститут дипломатичного захисту відноситься в основному до конфліктної ситуації за участю держави перебування та іноземця, хоча форма, в якій застосовується дане право, може бути зведена до відносин між двома суверенними державами. Проте інтереси держави перебування (або відповідача) повинні враховуватися в додаток до інтересів потерпілого іноземця.

Можна відзначити, що розвиток правил дипломатичного захисту має тенденцію до зростання визнання інтересів потерпілого іноземця в забезпеченні міжнародного захисту. Разом з тим може бути висловлена думка, що помилково ігнорувати актуальність інтересів держави-відповідача – це підривало б одну з основ інституту дипломатичного захисту. Тому потрібно набагато більш збалансований підхід.

Можна зробити висновок на користь того, що у зв'язку з розробкою норм, що стосуються захисту прав людини, акцент на дипломатичному захисті як захисної процедури змінився і приділяється особлива увага інтересам

потерпілого іноземця. Існують доступні іноземцю процесуальні інструменти, які дозволяють йому забезпечити захист його матеріальних прав щодо поводження з ним як з іноземцем, які нині еквівалентні правам людини, визнаним відповідно до звичаєвих норм міжнародного права або загальних принципів права. Як наслідок, інтереси іноземця в забезпеченні захисту його порушених матеріальних прав, навіть якщо вони конструктивно належать державі громадянства, заслуговують на визнання в будь-якій ситуації. Можна стверджувати, що інтереси іноземця в силу значного правозахисного фактора отримують важливе місце в розробці норм дипломатичного захисту. З іншого боку, інтереси держави-відповідача також не можуть бути повністю проігноровані. Можна припустити, що в майбутньому при розробці норм дипломатичного захисту варто приділити увагу інтересам іноземця як особистості, а не просто як іноземця. Таким чином, з метою розвитку інституту дипломатичного захисту вважаємо за необхідне визнати, що права іноземця, так само як і права держави громадянства, порушуються, коли йому заподіюється шкода в порушення міжнародного права, з тим щоб він особисто мав право на правовий захист.

Також виникає питання щодо того, наскільки виправдано відсунути інтереси держави перебування (або держави-відповідача) на другий план. На нашу думку, в такому випадку необхідний належний баланс між двома групами інтересів, коли в конкретних обставинах виникає конфлікт між ними. Наприклад, в системах захисту прав людини розробка і застосування правил про місцеві засоби захисту ґрунтуються на значному визнанні інтересів держави перебування (держави-відповідача). Таким чином, було б неправильним безумовно заохочувати звернення індивіда за захистом своїх прав до міжнародних механізмів захисту (за участю держави його громадянства або без такого), незалежно від правила вичерпання місцевих засобів правового захисту, правила національності або доктрини чистих рук. В іншому випадку зміниться весь характер інституту дипломатичного захисту. Інша справа розглядати інститут дипломатичного захисту, який склався в цей

час, як застарілий і потребує заміни іншою процесуальною процедурою. З іншого боку, в сучасній міжнародно-правовій системі захисту прав людини інститут дипломатичного захисту, в його сьогоденному стані, забезпечує цінний захист іноземців під час відсутності універсальних процедур забезпечення дотримання прав людини як таких.

Нарешті, необхідно також враховувати, що у міжнародного співтовариства є остаточно зацікавленість у вирішенні спорів за участю держав та іноземців без ескалації. Однак цей інтерес не є домінуючим.

2.3.2. Дипломатичний захист: право чи обов'язок держави?

Традиційно вважалося, що в основі здійснення державою дипломатичного захисту лежить право, яке повністю належить державі. Ця ідея була заснована на класичній Ваттелівській фікції про те, що *«той, хто погано поводить ся з громадянином, побічно завдає шкоди державі»* [13, с. 136]. Далі він пояснив, що «суверен потерпілого громадянина повинен стягнути за скоєне і, якщо можливо, примусити агресора до повного задоволення або покарати його, оскільки в іншому випадку громадянин не отримає головного гідності цивілізованого суспільства, яким є захист» [13, с. 136].

Ніде ця позиція не відбита більш чітко, ніж у вислові ППМП в Справі про Палестинські концесії Мавроматіса 1924 року: *«Розглядаючи справу одного зі своїх підданих і вдаючись до дипломатичних заходів або міжнародних судових процедур від його імені, держава насправді стверджує своє право забезпечувати в особі своїх підданих дотримання правил міжнародного права. Отже, питання про те, чи виникає справжній спір внаслідок шкоди приватним інтересам, що насправді відбувається в багатьох міжнародних спорах, не має з цієї точки зору не значення. Після того, як держава порушила справу від імені одного зі своїх підданих в міжнародному суді, в очах останнього держава є єдиним заявником»* [186].

Теза Ваттеля не тільки відстоювала право національної держави

іноземця захищати свого громадянина, але передбачала, що існують зобов'язання, покладені на державу громадянства іноземця, захистити його. Ваттель розуміє право захисту як властиве державі громадянства іноземця. Наслідком цього було те, що збиток, нанесений іноземцю, вважається порушенням зобов'язань приймаючої держави щодо держави громадянства іноземця. Формально, це обґрунтування було результатом теорії, що індивід не має прав за міжнародним правом. З іншого боку, незрозуміло, що Ваттель розуміє під обов'язком захищати громадянина за кордоном, який, за його твердженням, покладається на державу громадянства іноземця. Якщо припустити, що він мав рацію, постулюючи обов'язок захисту – і щодо цього є сумніви у світлі подальшого розвитку інституту дипломатичного захисту, а також практики дипломатичного захисту за часів Ваттеля, – питанням є, перед ким існував цей обов'язок, зокрема, якщо іноземець як індивід не мав ніяких прав, що визнавалися міжнародним правом. Ваттель не взявся відповісти на це питання. Однак, право й обов'язок держави захищати своїх громадян за кордоном щодо приймаючої держави рішуче затверджувалися пізніше, під час обговорення дипломатичного захисту, зокрема такими юристами, як Оппенгейм (*Oppenheim*) [73] і Брейрлі (*Brierly*) [122, с. 42–49].

Ця точка зору ґрунтується на ідеї про те, що міжнародні зобов'язання обов'язково мають міждержавний характер і, отже, можуть бути надані тільки державам (а не окремим особам). Анцилотті заявив в цьому сенсі, що «міжнародна відповідальність не впливає з того факту, що іноземець зазнав збитків, і не формує відносин між державою і потерпілим іноземцем. Іноземець як такий не має прав проти держави, за винятком тих випадків, коли закон дає їх йому» [5, с. 423]. Такий підхід був підтверджений Міжнародним Судом у рішенні у Справі про відшкодування шкоди (*Reparations Case*), в якій Суд вирішив, що правило приналежності дипломатичного захисту ґрунтується на тому, що «державою-відповідачем порушила зобов'язання перед державою громадянства щодо своїх громадян і що тільки сторона, на яку покладається міжнародне зобов'язання, може пред'явити позов щодо його порушення» [230,

с. 181].

Повертаючись до фікції Ваттеля, збитки, яких зазнали громадяни за кордоном, присвоюється державі їх походження, пояснюючи тим, що збитки «необов'язково обмежується окремим постраждалим або його родиною, але має такі наслідки, як «недовіру і відсутність безпеки, яку відчують інші іноземці, які перебувають в аналогічному становищі» [122, с. 48]. У цьому сенсі стверджується, що завдання шкоди громадянину за кордоном зачіпає інтереси держави по самозбереженню, рівності та спілкуванню з іншими державами, і навіть вищі інтереси держави щодо збереження принципів міжнародного права і підтримки мирного співіснування між державами.

Згодом прийнята доктрина дипломатичного захисту дає державі право захищати свого громадянина, але не покладає на нього відповідного обов'язку. Отже, громадянин, якому було завдано шкоди за кордоном, не має активного права на дипломатичний захист за міжнародним правом. Борчард (*Borchard*) уточнив це положення, зазначивши в 1915 році, що: «Багато авторів вважають дипломатичний захист обов'язком держави, а також правом. Якщо цей обов'язок на міжнародному рівні – це всього лише моральний, а не юридичний обов'язок, оскільки немає ніяких засобів для забезпечення його виконання. Оскільки держава може на свій розсуд визначити, чи є збиток громадянину досить серйозним для вимоги захисту або політична доцільність виправдовує застосування захисних заходів від його імені, ... очевидно, що в міжнародному праві не існує юридичного обов'язку, що покладається на державу щодо здійснення дипломатичного захисту. Незалежно від того, чи існує такий обов'язок, для громадянина це питання національного права його власної держави, причому загальний закон полягає в тому, що навіть в рамках національного права держава не несе юридичного обов'язку здійснювати дипломатичний захист» [120, с. 29].

Далі він роз'яснив, що потерпіла особа (громадянин) не має права, а це означає, що держава не зобов'язана надавати йому захист згідно з міжнародним правом: «Навряд чи правильно ... говорити про здатність

громадянина посилається на дипломатичний захист уряду як на «право» на захист Тому в кращому випадку, це недосконале право ... Бувши позбавленим будь-якого забезпечення, воно зводиться лише до привілею шукати захист. Такий обов'язок захисту є політичним, а не юридичним, відповідальність за належне виконання якого покладається на народ в цілому, а не на громадянина як на індивіда» [120, с. 356].

Право держави – рішення здійснювати або не здійснювати дипломатичний захист, – традиційно вважається *дискреційним*. Дійсно, жоден інструмент міжнародного права в минулому або в цей час не встановлює міжнародне зобов'язання здійснювати дипломатичний захист з боку держави в інтересах своїх громадян. Як було чітко вказано Міжнародним Судом ООН в Справі Барселона Трекшн (*Barcelona Traction Case*): в межах, встановлених міжнародним правом, держава може здійснювати дипломатичний захист будь-якими засобами та тією мірою, в якій вона вважатиме за потрібне, оскільки це є її власним правом, яке відстоюється державою. Якщо громадянин або юридична особа, від імені якого діє держава, вважають, що їх права недостатньо захищені, у них немає засобів захисту в міжнародному праві. Все що вони можуть зробити, це звернутися до міжнародного права, якщо така можливість є, з метою відстоювання своїх інтересів або відшкодування заподіяної шкоди <...>. Держава повинна розглядатися як єдиний суб'єкт, здатний вирішити, чи буде наданий їй захист і в якій мірі він буде наданий, і коли він припиниться. Держава зберігає в цьому відношенні дискреційну владу, здійснення якої може бути визначено міркуваннями політичного або іншого характеру, не пов'язаними з конкретним випадком [117; 103].

Згідно з цією точкою зору мотиви, що лежать в основі рішення про застосування або незастосування дипломатичного захисту, можуть варіюватися в залежності від кожного випадку і можуть повністю покладатися на політичні міркування, незалежно від інтересів безпосередньо постраждалої особи, і держава не зобов'язана надавати обґрунтування свого рішення [120, с. VI]. Крім того, спосіб, яким держава здійснює такий захист, також

залишається на її розсуд, і фізична особа не має *міжнародних* прав щодо позову. Держава може враховувати інтереси людини або навіть надавати їй відповідні права відповідно до свого *національного законодавства*, але на *міжнародному рівні* вона не зобов'язана це робити.

Тому в цьому міркуванні вважають, що не має значення, запитує людина або відмовляється від надання дипломатичного захисту: оскільки це є правом держави, громадянин не має права визначати його, і у нього немає засобів зобов'язати державу, яка відмовляє в наданні дипломатичного захисту, або перешкоджати державі, яка бажає здійснювати його за допомогою відмови від нього. У цьому сенсі вважається, що очікувана⁴ відмова від дипломатичного захисту, зроблена як наслідок латиноамериканської практики положення Кальво (що зумовлювало іноземні інвестиції попередньою відмовою від права інвестора вимагати дипломатичного захисту від держави його громадянства), не перешкоджає фактичному здійсненню дипломатичного захисту державою громадянства, якщо вона приймає таке рішення, на тій підставі, що фізична особа не може відмовитися від права, що належить державі. Більш того, відмова громадянина від дипломатичного захисту *після* міжнародно-протиправного діяння, як вважається, не впливає на дискреційні повноваження держави здійснювати її проти волі такої особи.

Що стосується етапу, наступного за здійсненням дипломатичного захисту, то традиційно вважається, що у людини немає засобів правового захисту відповідно до *міжнародного права*, якщо він не задоволений способом здійснення захисту (незалежно від будь-якого такого права, наданого державою за своїм *національним* законодавством). Міжнародний Суд висловив це у своєму рішенні по Справі «Барселона Трекшн»: «Навіть якщо фізичні або юридичні особи, від імені яких держава діє, вважають, що їх права не захищені належним чином, у них немає засобів правового захисту в міжнародному праві. Все, що вони можуть зробити, – це вдаватися до

⁴ «Очікувана» в тому сенсі, що він був зроблений до скоєння міжнародно-протиправного діяння, що завдає шкоди особі.

національного права, якщо є засоби, які сприяють їх вирішенню або отримання відшкодування. Проте всі ці питання залишаються в межах національного права і не впливають на позицію на міжнародному рівні» [117, с. 44, par. 78].

Аналіз, проведений доповідачем КМП з дипломатичного захисту, показав безліч свідчень на користь того, що розвиток правил дипломатичного захисту рухається в іншому напрямку [74]. Сьогодні більшість авторів згодні з традиційною позицією [153, с. 523; 194, с. 427], хоча проти неї висувалися і заперечення. Наприклад, К. де Вішер (*C. de Visscher*) заявив, що «абсолютний розсуд, залишений державі в здійсненні захисту, суперечить принципу, згідно з яким поводження з іноземцями є питанням міжнародного права» [234, с. 275].

Хоча дипломатичний захист можна розглядати як засіб сприяння міжнародного захисту прав людини, неможливо описати дипломатичний захист як індивідуальне право людини. Два документи з прав людини, що стосуються права іноземців, підтримують цю точку зору. Так, Декларація Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй 1985 року про права людини стосовно осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають, [23] і Міжнародна конвенція 1991 року про захист прав всіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей [69], підтверджують право іноземця звертатися до своєї дипломатичної або консульської місії за захистом, але не накладає явного обов'язку на державу громадянства щодо його захисту [182, с. 471–474].

Дискусії в Шостому комітеті ГА ООН ілюструють розбіжність думок з цього питання. Більшість доповідачів висловлювалися, що рішення про те, чи слід здійснювати дипломатичний захист чи ні, є суверенною прерогативою держави, яка вирішується нею на свій розсуд. Один з делегатів заявив, що на держави можуть впливати надмірні зовнішньополітичні проблеми щодо відмови від здійснення цього права. Більш того, оскільки вимога індивіда може бути необґрунтованою за міжнародним правом, здійснення дипломатичного захисту має залишатися на розсуд держави, з тим щоб перешкодити індивіду поставити державу перед «марною справою».

Крім того, в Шостому комітеті ГА відбулася дискусія про те, чи слід розглядати дипломатичний захист як право людини, яке потім може бути витлумачено як надання фізичній особі права на захист держави громадянства і накладення на державу громадянства щодо відповідного обов'язку її захисту. Один з делегатів висловив сумніви щодо такої можливості, стверджуючи, що така думка не підтверджується чинним міжнародним правом і не може вважатися частиною міжнародного правопорядку в найближчому майбутньому. Австралійський делегат закликав до розгляду правової основи (в уявленнях і практиці держав) права, яким володіє людина, і вказав на необхідність розгляду питання про те, чи можна його класифікувати як право людини. Іспанський делегат також підтримав думку про те, що право на дипломатичний захист є правом людини, оскільки він стверджував, що особа має право на компенсацію за порушення її прав, а також за відсутність дипломатичного захисту. Таким чином, обговорення в Шостому комітеті показало, що деякі члени міжнародного правового співтовариства тим чи іншим чином вважають, що індивід повинен мати право на дипломатичний захист як право, інші ж дотримуються іншої думки.

Попри обмеженість конституційних положень в низці держав, що в основному належать до колишнього комуністичного блоку, право індивіда на отримання дипломатичного захисту за шкоду, завдану йому за кордоном, в цілому визнається. До них відносяться Албанія, Білорусь, Боснія і Герцеговина, Болгарія, Камбоджа, Китай, Хорватія, Естонія, Грузія, Гайана, Угорщина, Італія, Казахстан, Лаоська Народно-Демократична Республіка, Латвія, Литва, Польща, Португалія, Республіка Корея, Румунія, Російська Федерація, Іспанія, Республіка Македонія, Туреччина, Україна, В'єтнам та ін. Зазвичай відповідна стаття конституції містить формулювання, що держава захищає законні права своїх громадян за кордоном або що громадяни держави користуються захистом, перебуваючи за кордоном. Положення конституцій Італії, Іспанії, Туреччини містять дуже розпливчасті та розлогі формулювання, що передбачають захист певних прав трудящих за кордоном або, в разі Іспанії,

встановлюють, що держава «береться захистити економічні та соціальні права своїх громадян», які працюють за кордоном [напр., 48, ст. 42]. Конституція Республіки Македонії ще більш обмежено закріплює, що держава «дбає» про добробут своїх громадян за кордоном. На противагу їм, конституції Республіки Корея і Гайани встановлюють «обов'язок» цих держав захищати своїх громадян за кордоном. Конституція України гарантує «захист», Польська конституція посиляється на право окремого громадянина на захист за кордоном, а в Угорській конституції говориться, що «угорські громадяни мають право користуватися захистом» Угорщини під час проживання за кордоном [46, ст. 69]. Залишається неясним, чи можуть і в якій мірі ці права бути застосовними відповідно до національного законодавства цих держав, і виходять вони за межі права на доступ до консульських посадових осіб за кордоном [177, с. 124]. З іншого боку, вони пропонують, що деякі держави позитивно розглядають дипломатичний захист своїх громадян за кордоном. Практика інших держав з цього питання в міжнародній області не настільки представницька, хоча деякі конституції можуть так чи інакше посилатися на «обов'язок» захищати.

Існує певна судова практика з питання дипломатичного захисту. Федеральний Конституційний суд Німеччини та інші німецькі суди у своїх рішеннях підтверджують конституційний обов'язок влади Німеччини надавати дипломатичний захист при дотриманні певних умов. Крім умов, що накладаються міжнародним правом, дипломатичний захист повинен надаватися тільки в тому випадку, якщо він «не суперечить фундаментальним інтересам Федеративної Республіки» [151, с. 1054-1055]. Ця умова була інтерпретована судами як така, що надає політичній владі дискреційні повноваження, щоб визначити, чи виключають пріоритетні інтереси держави та народу в цілому дипломатичний захист.

В Ізраїлі хоча і відсутні будь-які формальні правові положення, що вимагають від держави захисту ізраїльських громадян за кордоном, і здійснення такого захисту, як правило, розглядається на розсуд уряду,

Верховний суд в 1952 році ухвалив, що держава зобов'язана захищати громадянина у ворожій країні, «оскільки вона здатна захистити його через добрі послуги дружнього уряду». Аналогічне рішення було прийнято Хайфським окружним судом в 1954 році [176, с. 314].

У Швейцарії суди в рішеннях вважають, що держава повинна здійснювати дипломатичний захист в інтересах своїх громадян, хоча деякі положення конституції та консульські правила 1967 року визнають обмежений обов'язок з боку швейцарських консульських установ захищати громадян Швейцарії, якщо це не завдає шкоди інтересам Конфедерації [176, с. 504].

Суди Великобританії не визнають право індивіда на примусове виконання обов'язків Корони з надання дипломатичного захисту перед національними судами [103]. Однак було висловлено думку, що тепер можна стверджувати, що британські громадяни мають хоча б «законне сподівання», що їм буде наданий дипломатичний захист, якщо дотримуються умови, викладені в правилах Великобританії щодо міжнародних вимог (безперервне громадянство, вичерпання місцевих засобів правового захисту тощо) [182, с. 474].

У Франції право на здійснення дипломатичного захисту є урядовим актом (*acte de gouvernement*), дія якого не підлягає розгляду адміністративними органами або судами [139, с. 777].

Попри те, що з боку виконавчої влади не існує загального обов'язку здійснювати дипломатичний захист від імені громадян Сполучених Штатів Америки, судова система вважає, що так званий Закон про заручників (*Hostage Act*) вимагає від Президента США втручатися щоразу, коли громадянин Сполучених Штатів «несправедливо позбавляється волі з боку будь-якого іноземного уряду або під його юрисдикцією». В такому випадку «президент використовує такі засоби, які не є військовими та не заборонені іншим чином законом, які він може вважати за необхідне і належним для отримання або здійснення звільнення» [158; 245, с. 663-668].

У низці справ, поданих в інші національні суди, нідерландські, іспанські,

австрійські та бельгійські заявники намагалися затвердити право дипломатичного захисту з боку своїх національних держав. Справи не були вирішені на їх користь, однак представлені претензії вказують на те, що заявники, у всякому разі, вважали, що вони мають таке право щодо держави.

Проекти статей про дипломатичний захист, підготовлені КМП в першому читанні, повністю відповідають традиційному погляду на правову природу цього інституту. У цьому сенсі (I) Статті прямо заявляють, що «право дипломатичного захисту належить державі», – заява, яка «визнає ідею Ваттеля про те, що збитки громадянинові є непрямым збитком державі»; (II) Статті підтверджують дискреційний характер, пояснюючи, що дипломатичний захист є «суверенною прерогативою» держави, і підкреслюючи, що вона «має право здійснювати дипломатичний захист від імені громадянина, і вона не зобов'язана це робити чи не робити»; і (III) Статті вважали за краще не включати будь-яке посилення на застереження Кальво, оскільки робити це вважалося «непотрібним і зайвим» і «релевантним і дійсним тільки тією мірою, в якій це підтверджує правило вичерпання місцевих засобів правового захисту» [92], тим самим підтверджуючи, що право дипломатичного захисту належить державі.

Підсумовуючи вищесказане, можна зробити висновок, що в практиці держав, конституціях і доктрині висловлюється підтримка на користь того, що держави мають не тільки право, а і юридичний обов'язок захищати своїх громадян за кордоном. Цей підхід суперечить традиційному уявленню. Однак він не може бути відкинутий, оскільки він відповідає головній меті сучасного міжнародного права – просуванню прав людини.

Як продовження цього висновку доповідач КМП запропонував дві статті такого змісту, які, на його думку, відбивають правила, відмінні від традиційних правил:

Стаття 3.

Держава громадянства має право здійснювати дипломатичний захист від імені громадянина, якому неправомірно завдано шкоди іншим державою.

Відповідно до статті 4 держава громадянства має право розсуду в реалізації цього права.

Стаття 4.

(1) Якщо потерпіла особа не може подати позов про такий збиток в компетентний міжнародний суд або трибунал, держава її громадянства має юридичний обов'язок здійснювати дипломатичний захист від імені потерпілого за запитом, якщо збиток є результатом серйозного порушення норми *jus cogens*, що приписується іншій державі.

(2) Держава громадянства звільняється від цього зобов'язання, якщо:

- а) здійснення дипломатичного захисту серйозно поставило б під загрозу основні інтереси держави та / або її народу;
- б) інша держава здійснює дипломатичний захист від імені потерпілого;
- с) потерпіла особа не має ефективного і домінуючого громадянства держави.

(3) Держави зобов'язані надати у своєму національному праві можливість виконання цього права в компетентному національному суді або іншому незалежному національному органі [74, с. 27].

Однак не отримало однозначної відповіді питання, кому адресований обов'язок захищати відповідно до запропонованої статті 4, якщо тільки не передбачається, що цей обов'язок був зобов'язанням *erga omnes*.

КМП була вкрай стримана у своєму проєкті (разом з коментарем, представленим в ГА після першого читання [210]), висловившись відповідно до традиційної точки зору і відхиливши висновок доповідача про те, що повинно бути «розроблено» відповідне право. У статті 1 проєкту вказується, що дипломатичний захист полягає в покликанні державою, за допомогою дипломатичних заходів або інших засобів мирного врегулювання, до відповідальності іншої держави за шкоду, заподіяну міжнародно-протиправним діянням цієї держави фізичній або юридичній особі, — уникаючи таким чином будь-яке відсилання до права особи та підкреслюючи права держави громадянства.

Також була схвалена стаття 2 в такій редакції: «Держава має право здійснювати дипломатичний захист відповідно до цих проєктів статей». Стаття не посилається на обов'язок держави, а відбиває підхід, що держава має право в сенсі свободи, якому не можуть заважати інші, здійснювати дипломатичний захист від імені свого громадянина, за умови дотримання умов, викладених в проєктах статей. У коментарі до цієї статті чітко вказується, що дипломатичний захист не накладає обов'язку на державу, яка надає дипломатичний захист, і не дає зацікавленій особі права на дипломатичний захист, визнаного міжнародним правом, з відповідним зобов'язанням, що накладаються міжнародним правом щодо такої держави.

У коментарі вказується, що право дипломатичного захисту належить державі, визнаючи теза Ваттеля про те, що збитки громадянинові є непрямим збитком самій державі, – думка, яку було сформульовано більш детально Постійною палатою міжнародного правосуддя в Справі про Палестинські концесії Мавроматіса, в якій говорилося: «Розглянувши справу одного зі своїх підданих і вдавшись до дипломатичних дій або міжнародних судових розглядів від його імені, держава насправді заявляє про своє власне право – про своє право забезпечити, в особі його суб'єктів, дотримання норм міжнародного права» [186, с. 12].

Крім того, хоча цей підхід часто критикували як фікцію, реалії дипломатичного захисту, які вимагають безперервного громадянства для здійснення дипломатичного захисту, вичерпання місцевих засоби правового захисту потерпілого громадянина та оцінки збитку, понесеного фізичною особою, з точки зору КМП, «принцип Мавроматіса» або «Ваттельская фікція» (оскільки отримало визнання поняття про те, що шкода громадянину є шкодою, завданою державі) залишаються наріжним каменем дипломатичного захисту.

Що стосується питання, чи покладається на державу громадянства обов'язок захищати свого громадянина, то в коментарі однозначно вказано, що держава має право здійснювати дипломатичний захист від імені

громадянина, але не несе за це зобов'язання або обов'язки, і що, попри те, що внутрішнє законодавство держави може зобов'язувати державу здійснювати дипломатичний захист громадян, міжнародне право не накладає такого зобов'язання. У рішенні Міжнародного Суду у справі «Барселона Трекшн» було зазначено: «... в межах, встановлених міжнародним правом, держава може здійснювати дипломатичний захист будь-якими способами та будь-якими заходами, які вона вважатиме за потрібне, оскільки дипломатичний захист є її власним правом, яке затверджується державою. Якщо фізична або юридична особа, від імені якої діє держава, вважає, що їх права не захищені належним чином, у них немає засобів правового захисту в міжнародному праві. Все, що вони можуть зробити, – це вдатися до національного права, якщо в ньому є засоби, з метою сприяння їх справі або отримання відшкодування ... Виключно держава вирішує, чи буде наданий їй захист, в якій мірі він надається і коли це припиниться. Держава зберігає в цьому відношенні дискреційну владу, здійснення якої може визначатися міркуваннями політичного або іншого характеру, не пов'язаними з конкретним випадком» [117].

У коментарі також зазначалося, що КМП відхилила пропозицію про те, що обмежений обов'язок захисту покладається на державу громадянства, оскільки він виходить за межі допустимих меж прогресивного розвитку права. Остаточний проєкт статей 2006 року не змінив цю позицію.

Таким чином, сьогодні та в доступному для огляду майбутньому превалює традиційна точка зору про те, що держава має право захищати громадян, але не зобов'язана робити це. Отже, згідно з міжнародним правом держава не несе обов'язку, в силу *erga omnes* або іншим чином, захищати своїх громадян. Це так, хоча, згідно із законами деяких держав, на державу може покладатися обов'язок відповідно до національного законодавства щодо захисту своїх громадян. Ці національні положення повинні розглядатися як недостатні для встановлення послідовної практики та *opinio juris*, що породжують звичаєву норму міжнародного права. Схоже, що обов'язок

захищати, визнаний в деяких національних законах, не є обов'язком, який держави вважають імперативним (що дотримується відповідно до *opinio juris*) за міжнародним правом, навіть якщо практика досить широко поширена.

Проте, можна відзначити, що КМП у своєму остаточному проєкті статей про дипломатичний захист, представлений у 2006 році, запропонувала в статті 19 норму як рекомендовану практику, відповідно до якої:

Державі, що має право здійснювати дипломатичний захист відповідно до цих проєктів статей, слід:

а) належним чином розглянути можливість здійснення дипломатичного захисту, особливо в разі заподіяння значної шкоди;

б) брати до уваги, наскільки це можливо, думки осіб, яким заподіяно шкоду, з приводу звернення до дипломатичного захисту і відшкодування, якого слід домагатися; і

з) передавати особі, якій завдано шкоду, будь-яку отриману від держави, що несе відповідальність, компенсацію за шкоду з урахуванням будь-яких розумних відрахувань.

У формулюванні цієї статті міститься чітке розуміння, як зазначається в коментарі, що практики не потрібні міжнародним правом, а тільки рекомендуються. Проте, коментар збиває з пантелику, оскільки він вважає, що рекомендована практика може вже відбивати наявний закон. Таким чином, в коментарі до статті 19 говориться:

(1) Існують певні практики з боку держав в області дипломатичного захисту, які ще не набули статусу звичаєвих норм і які не можуть бути перетворені в правові норми при здійсненні прогресивного розвитку права.

(2) Підпункт (а) рекомендує державам, щоб вони розглянули можливість здійснення дипломатичного захисту від імені громадянина, якому завдано значної шкоди. Захист людини за допомогою міжнародного права сьогодні є однією з основних цілей міжнародного правопорядку, що було підтверджено в резолюції Всесвітнього саміту 2005 року, прийнятій Генеральною Асамблеєю 24 жовтня 2005 року. Цей захист може бути забезпечений багатьма

засобами, в тому числі консульським захистом, зверненням до міжнародних механізмів договорів про права людини, кримінального переслідування або дій з боку Ради Безпеки або інших міжнародних органів – і до дипломатичного захисту ... Коли захист іноземних громадян знаходиться під питанням, дипломатичний захист є очевидним засобом, яким державам слід приділяти серйозну увагу. Зрештою, це засіб захисту з найдовшою історією, який довів свою ефективність.

(3) Держава не зобов'язана за міжнародним правом здійснювати дипломатичний захист від імені громадянина, якому завдано шкоду в результаті міжнародно-протиправного діяння іншої держави. Дискреційний характер права держави на здійснення дипломатичного захисту підтверджується проектами статей, Міжнародним судом [117, с. 44] і національними судами [103; 185]. Попри це, зростає підтримка точки зору, що існує певний, нехай і недосконалий, обов'язок держав, як за міжнародним правом, так і за національним законодавством, захищати своїх громадян за кордоном, коли вони піддаються значним порушенням прав людини. У конституціях багатьох держав визнається право фізичної особи на отримання дипломатичного захисту щодо збитків, завданих за кордоном, якому кореспондує відповідний обов'язок держави здійснювати цей захист. Більш того, в низці національних судових рішень вказується, що, хоча у держави є дискреційне право щодо здійснення дипломатичного захисту, на цю держава покладається обов'язок вжити певних заходів для надання допомоги своїм громадянам, що може охоплювати обов'язок належним чином розглянути можливість здійснення дипломатичного захисту [233, с. 299].

У Справі Каунда та інших проти президента Південно-Африканської Республіки *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa* Конституційний суд Південної Африки заявив, що: має бути обов'язок уряду, відповідно до своїх зобов'язань за міжнародним правом, вживати заходів щодо захисту своїх громадян від грубого порушення міжнародних норм в області прав людини. Звернення до уряду за допомогою в таких обставинах, коли

докази очевидні, має бути розглянуто, і в крайніх випадках його неможливо відхилити. Малоймовірно, що такий запит буде відхилено урядом; в останньому випадку таке рішення може бути оскаржене, і суд накаже уряду вжити відповідних заходів [185, с. 186].

В таких обставинах обґрунтовано припустити, що міжнародне право вже визнає існування певного обов'язку держави щодо здійснення дипломатичного захисту від імені громадянина, якому завдано серйозної шкоди за кордоном. Якщо звичаєве міжнародне право ще не досягло такого етапу розвитку, то підпункт (а) статті 19 слід розглядати як стан прогресивного розвитку міжнародного права.

(4) В підпункті (b) ст. 19 Проекту статей передбачається, що держава «має» при здійсненні дипломатичного захисту «брати до уваги, наскільки це можливо, думки осіб, яким заподіяно шкоду, з приводу звернення до дипломатичного захисту і відшкодування, якого слід домагатися». На практиці держави, здійснюють дипломатичний захист, звертаються до моральних і матеріальних наслідків шкоди, заподіяної іноземцю, при оцінці відшкодування збитків [149, с. 17]. Для цього, очевидно, необхідно проконсультуватися з потерпілим – рівно і щодо рішення, чи вимагати задоволення, реституції або компенсації шляхом відшкодування. Це дало підстави деяким вченим стверджувати, що положення, що міститься в підпункті (b) проекту статті 19, вже є нормою звичаєвого міжнародного права [119, с. 98], або, в іншому випадку, підпункт (b) проекту статті 19 також слід розглядати як прогресивний розвиток права дипломатичного захисту.

Таким чином, пункти (а) і (b) статті 19 є не більше ніж рекомендаціями та не встановлюють норми міжнародного права відповідно до прогресивного розвитку міжнародного права. Очевидно, однак, що рекомендована практика, якщо вона буде прийнята в цілому і супроводжуватися *opinio juris*, може призвести до формування норм звичаєвого міжнародного права в майбутньому. Такі правові норми, які можуть виникнути, слід рекомендувати як прогресивний розвиток міжнародного права.

Хоча положення статті 19 і можуть розглядатися як прогресивний розвиток міжнародного права, незалежно від того, чи підлягає рішення держави не захищати свого громадянина розгляду в судовому порядку в суді даної держави, покладання обов'язку на національну державу із захисту її громадян створює низку проблем. Виникає питання, на кого покладається обов'язок по захисту і хто може забезпечити його дотримання в міжнародному праві.

Відповідь на це питання, мабуть, полягає в постулюванні, що обов'язок, що покладається на національну державу у зв'язку із захистом іноземця, багато в чому існує завдяки міжнародному співтовариству держав, тобто є *erga omnes*. Це означає, що будь-яка інша держава може підтримати вимоги індивіда щодо держави свого громадянства (але не до держави-відповідача в спорі). Без такого рішення зобов'язання національних держав щодо захисту їхніх громадян були б ілюзорними, оскільки не було б засобів для розв'язання проблеми на міжнародному рівні. Можна зробити висновок, що міжнародне співтовариство держав зацікавлене у втручанні в цю ситуацію.

В цілому, ідею розвитку міжнародного права шляхом покладання на держави громадянства обов'язку по захисту своїх громадян слід підтримати. Такий розвиток суперечить початкового погляду на дипломатичний захист як на виняткове право держави громадянства здійснювати дипломатичний захист. Але визнання права індивіда на дипломатичний захист є по-справжньому прогресивним розвитком. Зокрема, це не робить істотного впливу на стан держави-відповідача в спорі, а також може збільшити ймовірність того, що держава громадянства іноземця вчинить мирні дії проти неї від імені іноземця. Слід також зазначити, що такий розвиток правового регулювання не створює абсолютного обов'язку національних держав захищати своїх громадян.

Такий розвиток правового регулювання також допоможе змістити фокус уваги з держави громадянства на іноземця, щодо якого порушено права, хоча права держави громадянства, як первинні, так і по відшкодуванню, також

існують. Це, зі свого боку, відповідало б сучасному розвитку міжнародного права, яка визнає людину суб'єктом прав за міжнародним правом, – як такі, що впливають з *ius cogens*.

2.4. Антропоорієнтована еволюція міжнародної правової системи та її вплив на сутність дипломатичного захисту

До 1945 року міжнародне право майже повністю залишало на розсуд держав питання поводження з їх власними громадянами, які не мали прямих прав або зобов'язань на міжнародній арені, і тому повністю покладалися на свою державу громадянства для інтернаціоналізації будь-яких претензій, в яких вони брали участь. У цей період здійснення дипломатичного захисту носило виключно міждержавний характер, між державою громадянства і державою-порушницею.

Проте Друга світова війна ознаменувала різкий поворот в міжнародній правовій системі щодо статусу фізичних осіб. Перш за все, покарання військових злочинців в Нюрнберзькому і Токійському трибуналах з військових злочинів «вказувало на те, що міжнародне право стосується не тільки дій суверенних держав, а й накладає обов'язки та відповідальність на окремих осіб, а також на держави» [224, с. 10], тенденція, яка пізніше була підтверджена Генеральною Асамблеєю ООН⁵, Комісією міжнародного права ООН⁶ і досягла апогею із заснуванням постійного Міжнародного кримінального суду згідно з Римським Статутом [83]. Крім накладення відповідальності, кінець Другої світової війни також заклав тенденцію до посилення визнання існування прямих прав людини на міжнародній арені шляхом розробки нового стандарту захисту, почасти викликаного бажанням запобігти повторенню злочинів проти людяності. Основні міжнародні права

⁵ Генеральна Асамблея ООН підтвердила Нюрнберзькі принципи в Резолюції 95, Док. ООН A/64/Add.1 (1947) і шляхом затвердження на основі консенсусу визначення агресії в Резолюції 3314, Док. ООН A / 9631 (1974).

⁶ У 1949 році КМП також включила такі принципи в проект «Кодекс про злочини проти миру і безпеки людства» (Доповідь Комісії міжнародного права Генеральної Асамблеї, 4 підпункту ГА ООН з адміністративних питань (№ 10), Док. ООН A / 925 (1949).

були визнані за фізичними особами спочатку в рамках розвитку міжнародного права прав людини, за яким потім пішло міжнародне інвестиційне право, а останнім часом й інші області, такі як консульське право і регіональні інтеграційні системи. Крім того, важливим і революційним аспектом цієї тенденції було визнання процесуальних прав окремих осіб за міжнародним правом, головним чином шляхом прямого доступу таким особам для подачі скарг на держави в різні регіональні механізми захисту прав людини та ООН, а також механізми врегулювання інвестиційних спорів, і шляхом створення спеціальних *ad hoc* міжнародних трибуналів і комісій.

Визнання того, що в міжнародному праві спостерігається така людиноорієнтована тенденція, не означає, однак, що окремі особи замінили держави як суб'єктів на міжнародній арені. Деякі з індивідуальних матеріальних прав не мають механізмів реалізації, і, хоча можна стверджувати, що деякі з них є обов'язковими по міжнародному звичаєвому праву, інші залишаються в області правил «м'якого права», що викликає сумніви в їх практичному ефекті. Що стосується тих з них, які мають механізми реалізації, будь то міждержавні або через прямий індивідуальний доступ, абсолютна ефективність таких механізмів, як і раніше, недостатня для деяких областей, зокрема прав людини. Доти, поки сфера індивідуальних міжнародних прав не розвинеться повністю за допомогою ефективних механізмів забезпечення дотримання, держава як і раніше буде відігравати важливу роль в інтернаціоналізації спорів щодо окремих осіб, що діють відповідно до норм загального міжнародного права. Хоча це, за словами Пелле, «скоріше нагадує притчу про сліпого, який спирається на каліку, оскільки загальне міжнародне право не славиться ефективністю засобів його реалізації, слід визнати, що участь держав дійсно може надати підтримку в забезпеченні дотримання таких механізмів» [198, с. 11]. В цілому і не вдаючись в тривалу дискусію про те, чи є окремі особи суб'єктами міжнародного права чи ні (тема, що виходить за рамки цього дослідження), ми повинні визнати, що поступово людині надаються права і зобов'язань на міжнародній арені, і незаперечно, що в цей

час, слідуючи міркувань Хіггінса, фізичні особи є учасниками [157, с. 50] в рамках міжнародного правопорядку, який, тим не менш, як і раніше, по суті, але вже не виключно, залишається міждержавним.

До 1945 року права людини були частиною «прерогативи» держав і не регулювалися міжнародним правом. Турбота міжнародного співтовариства про права людини після Другої світової війни знайшла своє відбиття в створенні універсальної системи захисту прав людини, заснованої на Статуті Організації Об'єднаних Націй [Преамбула, статті 1 (3), 13 (1) b, 55, 56, 62 (2)] [90], а його авторитетне тлумачення міститься в Загальній декларації про права людини 1948 року [33], в якій перераховані права людини, які складають «основний компонент міжнародного звичаєвого права, обов'язковий для всіх держав, а не тільки для членів Організації Об'єднаних Націй» [224, с. 17]. Своєю чергою, права, перераховані в Декларації, були додатково деталізовані у двох окремих пактах, що діють з 1976 року: Міжнародному пакті про громадянські та політичні права (МПГПП) [70] і Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права (МПЕСКП) [71], що негайно набрали чинності за допомогою відповідних законодавчих або інших заходів, і визнані в них цивільні та політичні права розглядаються як «частина права людства, *jus cogens*» [224, с. 32]. На відміну від цього, МПЕСКП вимагає, щоб держави вживали тільки кроки в максимальних межах наявних у них ресурсів для поступової реалізації визнаних в ньому прав, а саме економічних, соціальних і культурних прав, «обов'язок поступової реалізації» яких викликає безліч критичних зауважень щодо їх неефективності. Ці чотири документи разом з Факультативним протоколом до МПГПП складають «Міжнародний білль про права людини», який утворює основу універсальної системи захисту прав людини. Всі такі права взаємозалежні, взаємодоповняльні та неподільні. При розробці таких прав були укладені численні додаткові декларації та конвенції, що стосуються як індивідуальних⁷, так і колективних прав людини (вони

⁷ Напр., Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього, Конвенція проти катувань та інших жорстоких,

«здійснюються спільно особами, згрупованими в більш великі громади», як попередня умова для здійснення індивідуальних прав. До них відносяться, зокрема, права на самовизначення, розвиток, мир, навколишнє середовище, продовольство і гуманітарну допомогу) [224, с. 48].

Паралельно з цим було створено регіональні системи заохочення і захисту прав людини. Їх попередником була європейська система з Європейською конвенцією з прав людини 1951 року [32], протоколами до неї та Європейською соціальною хартією. За цим послідував розвиток американської системи, що заснована на Декларації прав людини 1948 року і міститься в Американській конвенції про права людини [2], що діє з 1978 року. Нарешті, африканська система була розроблена з Африканської хартії про права людини та народів, яка набрала чинності в 1986 році [7]. Більшість положень, що містяться в таких регіональних документах, дуже схожі на положення, що містяться в МПГПП. В азійському регіоні, як і раніше, відсутня система захисту прав людини.

Враховуючи, що понад 150 з приблизно 190 держав сьогодні є учасниками різних угод з прав людини, в певних випадках людина, громадянин чи іноземець, може передати скаргу на порушення своїх прав на розгляд міжнародних органів, таких як Комітет Організації Об'єднаних Націй з прав людини, Європейський суд з прав людини, Міжамериканський суд з прав людини та Африканська комісія з прав людини та народів.

Актуальність визнання прав людини є двоїстою. По-перше, визнання прав людини як в рамках положень Статуту ООН, так і в рамках конвенцій викликало питання про необхідність встановлення дипломатичного захисту щодо іноземців. Аргумент полягає в тому, що іноземці, як і будь-який інший чоловік, можуть вдатися до захисту, що надається їм відповідно до Статуту і конвенцій з прав людини, і не потребують дипломатичного захисту. По-друге, виникає питання, чи підпадають матеріальні норми про відповідальність

нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведінки і покарання, а також Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації проти жінок.

держав за шкоду, заподіяну іноземцям, під вплив розвитку стандартів в області прав людини в цілях модернізації змісту міжнародного стандарту поводження з іноземцями, що стосується основних прав і обов'язків.

Інше питання, на яке можна відповісти цілком ствердно, в строгому сенсі не стосується інституту дипломатичного захисту, полягає в процедурі захисту. Сучасний розвиток галузі прав людини, як в рамках договірного, так і звичаєвого права, вказує на підвищення прав іноземців. Однак це стосується первинних прав, а не процедур захисту.

Перше питання стосується *дипломатичного захисту як процедури захисту*. Зокрема, розвиток договорів в області прав людини дали підстави деяким авторам стверджувати, що дипломатичний захист застарів: стандарти рівного поводження з громадянами та поводження з іноземцями були замінені міжнародними стандартами прав людини, відповідно до яких щодо громадян та іноземців діють одні й ті ж самі стандарти поводження – стандарти, що включають основні положення Загальної декларації прав людини; навіть стверджується, що людина сьогодні є суб'єктом міжнародного права, що має право забезпечувати дотримання своїх прав на міжнародному рівні; право держави подавати скаргу від імені її громадянина має бути обмежена випадками, коли немає інших способів врегулювання, узгоджених іноземцем і потерпілою державою; в цьому випадку держава-заявник виступає як агент щодо окремої особи, а не у своєму власному праві; і право держави відстоювати своє власне право, коли вона діє від імені її громадянина, – це застаріла фікція, яка повинна бути відкинута, за винятком, можливо, випадків, коли зачіпаються реальні національні інтереси держави [107, с. 437-439, 472; 118].

Попутно можна помітити, що в будь-якому випадку покладатися на аргумент про те, що інститут дипломатичного захисту, заснований на фікції, повинен бути відкинтий просто тому, що він заснований на юридичній фікції, є помилкою. Більшості правових систем відомі правові фікції. Крім того, дипломатичний захист швидше визнає змішання інтересів і не заснований на фікціях як таких [107, с. 476].

З іншого боку, більш серйозним є припущення про те, що розвиток в міжнародному праві прав людини норм і механізмів процесуального характеру роблять дипломатичний захист застарілим. Перший Спеціальний доповідач Комісії міжнародного права з питання про відповідальність держав заявив, що традиційне уявлення про дипломатичний захист, який дозволяє державі заявляти вимоги від імені потерпілого громадянина, належить до того часу, коли права особистості та права держави були невіддільні один від одного, тепер же ситуація зовсім інша. Він стверджував, що іноземці, як і громадяни, користуються правами просто як люди, а не в силу своєї громадянської належності, і робить висновок про те, що іноземець визнається міжнародним співтовариством як суб'єкт права незалежно від своєї держави та є справжнім суб'єктом міжнародних прав [107, с. 421]. Необхідним наслідком цього є те, що людина, що визнається суб'єктом міжнародного права, з правами та обов'язками за міжнародним правом, повинен, крім виняткових випадків, піклуватися про себе, коли він виїжджає за кордон.

Отже, окремі особи в певних обставинах стають суб'єктом міжнародного права з правами, визнаними міжнародним правом внаслідок того, що вони наділені цими правами державами за звичаєвим або договірним правом. Але вірно і те, що, хоча в індивіда можуть бути права як у суб'єкта відповідно до міжнародного права, його засоби правового захисту обмежені, і це має важливе значення. Так, Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод може пропонувати реальні засоби правового захисту громадянам європейських держав, але важко стверджувати, що Американська конвенція про права людини або Африканська хартія прав людини та народів досягли такої ж міри успіху. Більш того, більшість населення світу, розташованого в Азії, не охоплена регіональною конвенцією про права людини. Також неточним було б стверджувати, що універсальні конвенції з прав людини, зокрема Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, надають особам ефективні засоби правового захисту. Таким чином, лише громадяни обмеженого числа держав, які наділили своїх громадян правом

подачі індивідуальних скарг в міжнародні контрольні органи в рамках своїх зобов'язань за міжнародними конвенціями, мають задовільні засоби захисту за даними конвенцій. Універсальні та регіональні конвенції з прав людини поширюють захист на всіх осіб – як на громадян, так і на іноземців – на території держав-учасниць. Однак відсутня будь-яка багатостороння конвенція, яка спрямована на те, щоб надати іноземцеві засоби правового захисту своїх прав, водночас якоюсь мірою такі засоби захисту, проте, тільки відносно іноземних інвестицій, надає багатостороння Конвенція МЦУІС.

У 1985 році ГА ООН прийняла Декларацію про права людини осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають [23]. Цей документ прямо спрямований на поширення прав, що містяться у Загальній декларації прав людини, на іноземців. Це є істотним моментом. Але в Декларації не передбачається жодних механізмів для її застосування. З іншого боку, вона підтвердила право іноземця на контакт з його консульством або дипломатичним представництвом в цілях захисту. Таким чином, було визнано, що інститут дипломатичного захисту не тільки зберігся, але і значною мірою є процесуальною процедурою, що стосується похідних прав і обов'язків. Нинішня позиція полягає в тому, що іноземці як індивіди практично не мають засобів правового захисту відповідно до міжнародного права, зважаючи на відсутність договору про права людини, за винятком втручання держав їх громадянства шляхом здійснення дипломатичного захисту.

Певним розвитком, що, безсумнівно, пов'язаний з актуалізацією дипломатичного захисту як інституту, в сучасну епоху захисту прав людини стала розробка Міжнародної конвенції про захист прав всіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей [69], яка була прийнята в 1991 році Генеральною Асамблеєю ООН. У Конвенції передбачається положення про контролюючий орган, аналогічний Комітету ООН з прав людини, – Комітет із захисту прав всіх трудящих-мігрантів і членів їх сімей, – і про додаткове право на індивідуальну скаргу. У статті 23 Конвенції підкреслюється, що цей інститут захисту не замінює права дипломатичного захисту, передбачаючи, що

«Трудящі-мігранти та члени їх сімей мають право на отримання захисту і допомоги з боку консульських або дипломатичних установ держав свого походження або держави, що представляє інтереси цієї держави, коли порушуються права, викладені в цій Конвенції. Зокрема, в разі висилки відповідна особа невідкладно інформується про це право, і влада держави, що висилає, сприяє здійсненню цього права». Ця Конвенція ще не набула чинності, оскільки не отримала необхідної кількості ратифікацій, що, між іншим, означає, що держави не готові поширювати особливі та індивідуальні правозахисні права на трудящих-мігрантів. Крім того, важливо, що право трудящих на отримання дипломатичного захисту від держав їх походження не було порушено.

Хоча формально дипломатичний захист був і залишається відносинами між державами, істинна сутність права дипломатичного захисту належала і значною мірою належить до інтересів окремих осіб. Це так, хоча категорія індивідів в основному обмежена особами з іноземним громадянством, виключаючи в принципі громадян держави-відповідача. Це правило не було закріплено ні в практиці держав, ні в міжнародному прецедентному праві, однак основи права дипломатичного захисту були сформульовані обмеженим чином. Більш того, право дипломатичного захисту ґрунтується на понятті, що інтереси особистості заслуговують і вимагають захисту. У певному сенсі, в дипломатичному захисті спостерігалось зародження права захисту прав людини. Основні проблеми в цих двох областях дійсно дуже схожі, хоча юридичне формулювання цих проблем в праві дипломатичного захисту може бути відмінним – непрямым і рудиментарним.

Однак таке визнання необхідності захисту прав людини, яка не була сформульована таким чином, не має прямого відношення до розвитку сучасного права прав людини, що є, мабуть, ширшим як по суті, так і за процедурою. З істотного боку сучасне право прав людини, яке розвивалося у другій половині XX століття, може впливати на зміст матеріальних прав (або інтересів) іноземців, визначених міжнародними стандартами, які є основою

для таких прав в правилах, що стосуються поводження з іноземцями. Проте, усвідомлення необхідності поважати права та інтереси окремих осіб (в особі іноземців) здавна передувє сучасному праву прав людини.

Тому було б неправильно заперечувати або замовчувати істотну схожість фундаментальної мети та підстави права дипломатичного захисту і сучасного права прав людини. Водночас необхідно визнати, що практичний підхід як до матеріальних, так і до процесуальних аспектів захисту прав людини, який так чи інакше впливає з конвенційних інструментів, може відрізнятися від права дипломатичного захисту як такого, незалежно від певної подібності їх цілі та підстави.

Істотно, що міжнародне право прав людини складається не тільки з конвенцій з прав людини. Насправді існує цілий комплекс договорів і звичаїв, включаючи інститут дипломатичного захисту, які в сукупності складають міжнародне право прав людини. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод, Американська конвенція про права людини, Африканська хартія прав людини та народів та інші універсальні та регіональні документи з прав людини мають важливе значення, зокрема для поширення захисту громадян та іноземців на території держав-учасниць. Але засоби правового захисту в більшості цих документів є слабкими. З іншого боку, дипломатичний захист, доступний тільки для захисту громадянина від іноземної держави, заснований на звичаєвих нормах міжнародного права, які застосовуються повсюдно і, можливо, пропонують дуже ефективні засоби правового захисту. У зв'язку з цим можна припустити, що держави в цілому розглядають вимогу про дипломатичний захист від іншої держави як більш серйозний засіб, ніж скарга окремої особи на її поведінку в орган з контролю і спостереження за дотриманням прав людини [138; 218; 223].

Сучасне міжнародне право прав людини надає громадянам та іноземцям такий самий захист, який може, з одного боку, сьогодні перевищувати міжнародний мінімальний рівень поводження з іноземцями, встановлений

західними державами в більш ранню епоху. Але з цього не випливає, що це призвело до старіння традиційних процедур, визнаних звичаєвим правом у зв'язку зі поведінням з іноземцями. Хоча сьогодні люди користуються більш значними засобами міжнародного захисту своїх прав, ніж раніше, дипломатичний захист залишається більш важливою процедурою захисту, ніж зараз є захист прав людини. До тих пір, поки держава залишається домінуючим суб'єктом міжнародних відносин, вимоги держав щодо порушення прав своїх громадян залишається найбільш ефективним засобом захисту прав людини, хоча і може бути та обмежене. Вважаємо, що, оскільки матеріальне і процесуальне право сьогодні входить в міжнародну правову систему і з огляду на нинішній стан міжнародної спільноти, було б безрозсудно відмовитися від інституту дипломатичного захисту. Як уже зазначалося, не можна заперечувати, що дипломатичний захист завжди піддавався нападкам і що сильніші держави знаходяться в кращому положенні при здійсненні дипломатичного захисту. Таким чином, проблема полягає насамперед у занадто грубих практиках, а не в самому інституті дипломатичного захисту.

Що стосується прав людини, які розвиваються і зміцнюються, дипломатичний захист може втратити частину свого значення. Однак права людини, на нашу думку, не зможуть повністю замінити дипломатичний захист. До тих пір, поки дипломатичний захист не може бути заміненим більш ефективними засобами захисту, його необхідно зберегти, оскільки він вкрай необхідний, і його переваги в будь-якому випадку переважають його недоліки [205, с. 113].

Серйозним випробуванням для визнання дипломатичного захисту корисним і життєздатним інститутом є питання, чи може, при доступності процедури захисту прав людини, постраждалий іноземець звернутися до держави свого громадянства за дипломатичним захистом. На це питання немає чіткої відповіді. Однак наявність альтернативних або кумулятивних засобів захисту дає іноземцям більший захист, тому має бути в цілому прийнято.

Практика в області прав людини в цілому не спрямована на заперечення існування засобів правового захисту за допомогою дипломатичного захисту, навіть коли доступні альтернативні засоби правового захисту в рамках процедур в області прав людини.

Хвиля вимог про дипломатичний захист проти Сполучених Штатів Америки за порушення права на консульське повідомлення, передбачене в статті 36 (1) (b) Віденської конвенції про консульські зносини 1963 року [17], щодо іноземців, засуджених до смертної кари в США, також зіграло вирішальну роль у розвитку основних прав особистості в рамках міжнародної правової системи. Відповідно до цього положення, коли громадянин акредитуючої держави затриманий і він просить про це, місцеве консульство акредитуючої держави має бути повідомлено, а «компетентні органи держави перебування» повинні «негайно повідомити зацікавленій особі про її права у цьому відношенні».

Першим позовом подібного роду перед міжнародним трибуналом стала Справа Бріарда (*Breard Case*) 1998 року, подана Парагваєм проти США в Міжнародний Суд, яка, тим не менш, була згодом відкликана заявником після страти пана Бріарда владою США, попри Постанову про тимчасові заходи, видану Міжнародним Судом [124; 116, с. 374].

За регіональним сценарієм, в тому ж році, зіткнувшись зі збільшенням числа мексиканців, які очікують смертну кару в США в порушення права, встановленого статтею 36 Віденської конвенції 1963 року, Мексика запросила консультативний висновок Міжамериканського суду з прав людини щодо тлумачення цього положення. Висновок був опублікований в 1999 році [231] і встановлював, що право на консульське повідомлення, що міститься в статті 36 Конвенції 1963 року, є *індивідуальним правом*, що надаються «затриманим іноземним громадянам», і воно є складовою частиною *права людини* на справедливий судовий розгляд, оскільки воно «дозволяє право на належну правову процедуру, визнану в статті 14 МПГПП, мати практичні наслідки в конкретних випадках», яке, якщо воно не буде дотримано в справі

про смертну кару, призведе до безпідставного позбавлення життя в порушення статті 6 МПГПП.

Найбільш чітке визнання того факту, що стаття 36 Конвенції 1963 року закріплює індивідуальне право (як воно надається безпосередньо міжнародним правом), міститься в рішенні Міжнародного суду 2001 року по Справі Лагранд [175], поданій Німеччиною проти США в порядку здійснення дипломатичного захисту двох її громадян, засуджених до смертної кари в США, в порушення їх прав за статтею 36 Конвенції 1963 року. По-перше, в рішенні Міжнародного суду чітко визнається, що «пункт 1 статті 36 [Конвенції 1963 року] створює індивідуальні права [для відповідного громадянина], на які може посилається в цьому Суді держава громадянства затриманої особи» (хоча він не висловлювався з приводу взаємозв'язку між таким становищем і правами людини, які він вважав непотрібним зачіпати) [175, par. 77]. При цьому він підтвердив, що дипломатичний захист «не обмежується економічними збитками, а стосується захисту будь-яких прав, що надаються фізичним особам з міжнародним правом» [137, с. 102-103]. По-друге, він визнав, що США «порушили свої зобов'язання перед Федеративною Республікою Німеччини та братами Лагранд відповідно до пункту 1 статті 36» [175, par. 128], як стверджувалося в «змішаній претензії», висунутій Німеччиною.

Останньою справою з цієї серії є недавнє рішення Міжнародного Суду 2004 року по Справі Авени та інших громадян (Мексика проти Сполучених Штатів Америки) [125], заснованому на позові, поданому Мексикою в порядку здійснення дипломатичного захисту проти США за порушення прав, передбачених статтею 36 Конвенції 1963 року щодо 54 (пізніше скорочених до 52) громадян Мексики, засуджених до смертної кари в США. У той час як Мексика використовувала аргументи, дуже схожі на аргументи, використані Німеччиною в Справі Лагранд, логіка винесення рішення була зовсім іншою. Дійсно, зіткнувшись із запереченням США про невичерпаність національних засобів правового захисту, Міжнародний Суд послався на подвійний характер

вимоги Мексики: «саме по собі та в здійснення свого права на дипломатичний захист своїх громадян», – через що США заявили, що немає потреби розглядати цю вимогу як заяву про дипломатичний захист. На думку Міжнародного Суду, цього достатньо для розгляду справи у зв'язку зі збитком, який Мексика, за твердженнями, «сама понесла, безпосередньо і через своїх громадян, в результаті порушення» статті 36 Конвенції 1963 року і в цьому випадку правило вичерпання місцевих засобів правового захисту не може бути застосовано, тим самим відхиливши заперечення США. Таким чином, у Справі Авени Міжнародний Суд вирішив, серед іншого, що (i) правило вичерпання національних засобів правового захисту не застосовується в разі змішаних позовів, оскільки вони можуть розглядатися просто під заголовком збитків державі; (ii) США порушили статтю 36, прямо не вказавши, перед ким було це зобов'язання; і (iii) немає потреби розглядати твердження про те, що стаття 36 є правом людини (як і у випадку з Лаграндами), але ні Конвенція 1963 року, ні підготовчі матеріали не підтримують таку інтерпретацію (знову ж не згадуючи про консультативний висновок Міжамериканського суду) [125, par. 124].

Проте, слід визнати, що в рішенні по Справі Авени Суд не відмовився від двох моментів в рішенні по Справі Лагранд: по-перше, він визнав, що стаття 36 створює індивідуальні права, які можуть бути використані в Міжнародному Суді державою громадянства шляхом посилення на рішення у Справі Лагранд [125, par. 40] і на права, передбачені Конвенцією 1963 року, «індивідуальні права мексиканських громадян». По-друге, Суд визнав, що як права окремих осіб, так і держави можуть бути пов'язані з заявою про дипломатичний захист, і пішов далі, прямо заявивши про взаємозалежність таких прав в тому сенсі, що *«порушення прав людини відповідно до статті 36 можуть спричинити порушення прав акредитууючої держави й що порушення прав останньої можуть спричинити порушення прав особистості»*, – ситуацію, яку він кваліфікував як *«особливі обставини взаємозалежності прав держави та індивідуальних прав»*. При цьому, попри своє рішення розглядати позов як лише позов про «прямую шкоду» Мексиці, Суд вирішив,

що США порушили свої зобов'язання, але прямо не вказав, перед ким були ці зобов'язання (попри те, що Мексика запросила таку специфікацію), таким чином рішення у справі Авени фактично розширило висновок по справі Лагранд, визнавши, що права держави та окремої особи, що взаємно доповнюють один одного, зачіпаються не тільки в змішаних позовах, але також і в будь-яких інших вимогах про дипломатичний захист. У цих двох сенсах судові рішення у Справі Авени, попри його різні результати, посилило і розширило результати судового рішення у Справі Лагранд.

З другої половини XX століття існує безліч різних процесуальних механізмів захисту прав людини. Деякі з таких механізмів є міждержавними, але тим не менш дозволяють людині поставати безпосередньо перед ними. Серед них *універсальними* є механізми, засновані на Статуті Організації Об'єднаних Націй, які включають розгляд індивідуальних скарг щодо «систематичних, достовірно підтверджених грубих порушень прав людини» Комісією з прав людини в рамках механізму, створеного відповідно до Резолюції 1503 (XLVIII) від 1970 року [78].

Що стосується *договірних механізмів*, індивідуальні скарги можуть бути спрямовані, зокрема, в Комітет з прав людини, створений згідно з МПГПП (за умови ратифікації Факультативного протоколу потерпілою державою), Комітет з ліквідації расової дискримінації або Комітет проти тортур, що засновані відповідно до Конвенції про ліквідацію расової дискримінації та Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження, відповідно.

На *регіональному рівні* індивідуальні скарги можуть подаватися безпосередньо до Європейського суду з прав людини (відповідно до Протоколу 11 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року) і Міжамериканську комісію з прав людини (Комісія може пізніше передати справу до Суду); індивідуальні скарги можуть бути розглянуті Африканською комісією з прав людини та народів тільки в тому випадку, якщо вони стосуються «серії серйозних або масових порушень прав

людини та народів» (ст. 58 (1) Африканської хартії прав людини та народів) [7].

Однак *ефективність* засобів правового захисту, що надаються механізмами захисту прав людини, як і раніше досить обмежена. На універсальному рівні, як заявив Дугард, «сумна правда полягає в тому, що лише деякі з окремих осіб в обмеженому числі країн, які визнають право індивідуального звернення до контрольних органів цих конвенцій, отримали або будуть отримувати задовільні засоби захисту по цих конвенцій» [74, par. 25]. На регіональному рівні, хоча ця тенденція і позитивна, успіх, який демонструє європейська система, як і раніше залишається недосяжним в нових американських або африканських системах; і як і раніше залишається бажаною регіональна система захисту прав людини в Азії.

Важливим кроком у міжнародному визнанні індивідуальних процесуальних прав стало становлення міжнародних трибуналів і комісії, що створюються *ad hoc* для розгляду претензій громадян однієї держави проти іншої держави у зв'язку з кризою або конфліктом між двома державами. Два найбільш важливих приклади представлені в практиці Трибуналу з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами та Компенсаційної комісії Організації Об'єднаних Націй (ККООН), які, як підкреслив Кокотт, «відбивають реакцію на сучасні події в міжнародному праві» [172, с. 609].

Трибунал з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами Америки був створений в 1981 році [105, с. 230-233] з метою вирішити численні претензії, що виникли між Іраном і США і їх громадянами, як впливають з боргів, контрактів, експропріацій та інших заходів, які зачіпають права власності⁸. Це третейський суд, юрисдикція якого, крім міждержавних, поширювалася на «розгляд претензій громадян Сполучених Штатів Америки проти Ірану і вимоги громадян Ірану проти Сполучених Штатів Америки» [136, с. 836, ст. II, п. 1], надаючи їм прямий доступ до них, навіть у разі наявності подвійного громадянства обох держав [105, ст. IV, пар. 3]. З подачею

⁸ На даний момент їм було винесено понад 4000 судових рішень, а крайній термін для пред'явлення вимог було встановлено в 1982 році.

позову в суд з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами будь-яка інша процедура розгляду була виключена. У цьому сенсі дипломатичний захист не може здійснюватися державою громадянства особи до розгляду його претензій в Трибуналі.

Що стосується ККООН, то вона була заснована резолюцією Ради Безпеки ООН [64] з метою вирішувати претензії по компенсації за «будь-які прямі втрати, збитки, включаючи шкоду навколишньому середовищу і виснаження природних ресурсів, або шкоду, заподіяну іноземним урядам, фізичним і юридичним особам в результаті незаконного вторгнення Іраку та окупації їм Кувейту» [80, par. 16] у зв'язку з війною в Перській затоці. На відміну від Трибуналу з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами, Комісія діє швидше в адміністративному, ніж у форматі судового розгляду, порядку, оскільки її мета полягає у вирішенні великої кількості претензій в розумні строки⁹.

ККООН не забезпечує прямий доступ до неї з боку приватних осіб: компенсаційні вимоги від імені приватних осіб повинні заявлятися державами громадянства або проживання [18, ст. 5 пар. 1 (a)] – особою, установою чи органом, уповноваженим Радою Безпеки подавати претензії від їхнього імені. Таким чином, ККООН насправді не є випадком прямого доступу приватних осіб до міжнародних органів: це насправді різновид інституту дипломатичного захисту або, як заявив Кондореллі, *«дуже складний і комплексний механізм дипломатичного захисту»* [130, с. 15-16].

Проте, ці сучасні відступлення від традиційної точки зору на дипломатичний захист відбивають сучасні, антропоорієнтовані тенденції. По-перше, захист не залишається на розсуд держави громадянства, оскільки дозволяє іншій особі, установі або органу, що уповноважені Радою Безпеки, подавати позов, якщо держава цього не робить. По-друге, і це найголовніше, під мандатом ККООН приватні особи отримують *пряме право на відшкодування*

⁹ Це також виключає вимогу попереднього вичерпання національних засобів правового захисту. До цієї дати було подано понад 2 800 000 заяв щодо окремих осіб.

у зв'язку з тим, що мандат ККООН можна розглядати як такий, що зобов'язує державу, яка подає позов (та фактично є державою, що захищає згідно з дипломатичним захистом) про виплату компенсації на користь фізичної особи. І дійсно, в керівних документах ККООН неодноразово визнається, що виплати компенсації «доступні особам, які зазнали втрат» [204], і попри те, що було визнано, що «розподіл компенсації буде залежати від кожного відповідного уряду», в той же день після такого визнання Рада створила цілий механізм спостереження за таким розподілом, і подальше рішення регулює «повернення нерозподілених коштів» [22]. Таким чином, як заявив Ранделзхофер і Томушатамі, ККООН є прикладом механізму «який поєднує в собі традиційні елементи дипломатичного захисту з певним ступенем свободи дій для людей відстоювати свої права на свій розсуд» [206, с. VIII].

Існування індивідуальних прав безпосередньо за міжнародним правом в різних областях недавно було визнано Міжнародним Судом у справах Лагранд і Авени (стосовно консульських прав, передбачених Віденською конвенцією про консульські зносини 1963 року), а також було визнано Комісією міжнародного права ООН в коментарі до статті 33 Статей про відповідальність держави 2001 року: «Індивідуальні права за міжнародним правом можуть також виникати поза рамками прав людини. Ряд можливостей підтверджується рішенням Міжнародного суду у справі Лагранд, в якій Суд ухвалив, що стаття 36 Віденської конвенції про консульські зносини «створює індивідуальні права, на які в силу статті I Факультативного протоколу може посилається в цьому Суді держава громадянства затриманої особи» [132, с. 209].

Один тільки цей факт спонукав деяких теоретиків прав особистості різко відреагувати на традиційну фікцію Ваттеля, які висловили крайню точку зору, згідно з якою немає абсолютно ніяких прав держави, що лежать в основі здійснення дипломатичного захисту: якщо він здійснюється в результаті порушення договору або звичаю, який передбачає індивідуальні права, то слід вважати (на їхню думку), що дипломатичний захист як свою основу має тільки *індивідуальні права особистості*, і що держава, яка здійснює її, діє тільки як

агент або представник такої особи [110, с. 55], але жодним чином не відстоює свої власні права. Вони відкидають фікцію Ваттеля як «несуттєву та ілюзорну» [215, с. 660-661], і відхиляють його традиційні обґрунтування, згідно з якими заподіяння шкоди людині зачіпає інтереси держави. Проте, така крайня позиція, на наш погляд, не узгоджується з «міждержавним» характером міжнародного права, зокрема правил про відповідальність держав [143, с. 74]. Подібно до того, як традиційна концепція є крайньою в сенсі повного ігнорування існування міжнародних прав особистості, викладена вище точка зору повністю ігнорує той факт, що такі індивідуальні права містяться в *міждержавних* документах або визнані *міждержавним* звичаєвим правом. Одна тільки ця істина свідчить про наявність інтересів держави, коли одному з її громадян заподіюється шкода за кордоном, незалежно від того, яке найменування буде використовуватися для їх визначення: самозбереження, мирне співіснування або співробітництво.

Таким чином, істинний виклик, породжений оскарженням правами людини традиційної правової природи дипломатичного захисту, не полягає, як деякі вважали, в підміні основного права держави правом індивідуума. Справжнє завдання полягає в тому, щоб *визнати*, що коли людині завдається шкода за кордоном, це стосується, *перш за все, її індивідуальних прав*, і що збиток таким індивідуальним правам, отже, *зачіпає права держави, які доповнюють його*. Цей подвійний характер юридичної природи дипломатичного захисту був висунутий Міжнародним Судом у Справі Лагранд, в якій Суд визнав, що порушення Сполученими Штатами Америки права громадянина, передбаченого в статті 36 Віденської конвенції 1963 року порушило їх зобов'язання перед Федеративною Республікою Німеччини та братами Лагранд», хоча такий висновок стосується змішаної претензії [143, с. 77]¹⁰. Те, що такий подвійний характер поширюється на всі інші випадки

¹⁰ Змішана вимога – оскільки Німеччина заявила про порушення зобов'язань як перед фізичними особами, так і перед державою згідно з різними положеннями. Як точно пояснив Домініцій, «в рішенні по справі Лагранд підкреслюється ситуація, яка виникає, коли поведінка однієї держави викликає два паралельних позову з боку іншої держави, позови, засновані на порушенні окремих

односторонніх заяв про дипломатичний захист, недавно було підтверджено в рішенні Міжнародного Суду у Справі Авени, де він визнав, що «порушення прав людини відповідно до статті 36 Віденської конвенції 1963 року *може спричинити порушення прав акредитуючої держави й що порушення прав останньої можуть спричинити порушення прав людини*».

Це також було підтверджено в таких висновках Суду, коли він уникав називати бенефіціара порушеного зобов'язання, попри його (помилковий) вибір розгляду претензії виключно на підставі прямого збитку Мексиці. Саме в цьому визнанні взаємодоповнюваності та в доданні їй *пріоритету* порушення права людини це завдання має бути задоволеним. Такі автори, як Кондореллі [130, с. 12] і Домініцій вже дотримувалися цієї точки зору [143, с. 77] до винесення рішення у Справі Авени.

Традиційне уявлення про дискреційний характер здійснення державою дипломатичного захисту несумісне з взаємодоповнюваністю і пріоритетом індивідуальних прав, які лежать в основі дипломатичного захисту. З огляду на обмежений доступ окремих осіб до міжнародних судів і неефективність багатьох з таких прямих механізмів, було визнано, що держава повинна нести обов'язок захищати такого громадянина і діяти від його імені, коли його права порушуються (що дає реальне право на дипломатичний захист потерпілого). Однак міжнародні спроби в цьому сенсі були досить мізерними:

По-перше, *de lege lata*, невеликий крок вперед був забезпечений правом на дипломатичний захист *lato sensu*, що закріплюється в статті 20 Договору про Європейське Співтовариство (хоча і обмеженим регіональним рівнем і не стосується дипломатичного захисту *stricto sensu*), з якого випливає відповідне (недискреційне) зобов'язання з боку держав-членів ЄС [186, ст. 5 (1a)]. Ще один внесок може бути виведений з положення ККООН, згідно з яким, якщо держава не пред'являє позов від імені фізичної особи, це може зробити інша особа або орган і, таким чином, подолати дискреційні права (розсуд) держави

стандартів, і які призводять позивача до закликання держави відстоювати, з одного боку, своє право, а з іншого боку, надати дипломатичний захист».

на заявлення претензій.

По-друге, *de lege ferenda*, Спеціальний доповідач Дугард запропонував, щоб Комісія міжнародного права ООН включила в проєкт Статей про дипломатичний захист положення, відповідно до якого держави будуть *на міжнародному рівні зобов'язані* здійснювати дипломатичний захист щодо своїх громадян, які зазнали шкоду за кордоном шляхом серйозних порушень норм *jus cogens*, якщо громадянин запитує допомогу і йому не було надано прямий доступ до міжнародного суду [74, п. 74]. Однак текст, сформульований під натиском зусиль Дугарда, став прийнятним для більш консервативної Комісії міжнародного права ООН, але досить слабким, оскільки знімав з держав такий обов'язок, якщо він «серйозно загрожував б життєвим інтересам держави та / або її народу», – положення, схильне легкому маніпулюванню. Реакція на запропонований текст була негативною з обох крайніх точок зору, включаючи, зокрема, критику за порушення принципу невтручання, і, таким чином, ця пропозиція не була прийнята Комісією міжнародного права ООН, тому що «це питання ще не дозріло для вирішення», оскільки «не відбулося становлення практики держав та їх *opinio juris* в цьому напрямку».

По-третє, деякі автори [211] відзначають в судовій практиці європейських органів з прав людини невелику тенденцію до майбутньої можливості посилатися на право на дипломатичний захист від збитків, отриманих відповідно до статей 2, 3 та 4 Європейської конвенції про права людини. Хоча Комісія неодноразово заявляла, що відповідно до статті 1 Конвенції не існує права на дипломатичний захист і що навіть якщо держава була зобов'язана захищати своїх громадян, вона користувалася б великою дискреційною владою в його здійсненні, Фласс стверджує, що рішення Суду у Справі Банкавіча, в якій визнано, що фраза «в межах їх юрисдикції» може включати кілька *екстратериторіальних* дій, серед яких «визнані державою випадки екстратериторіальної юрисдикції, включаючи випадки, пов'язані з діяльністю її дипломатичних або консульських представництв за кордоном» [65], може бути використано в майбутньому як аргумент для ствердження

такого права на дипломатичний захист за умови, що «позитивні зобов'язання» держав відповідно до такого інструмента повинні включати екстратериторіальні зобов'язання процесуального характеру [169, с. 50-53]. Проте, ця конструкція залишається лише на теоретичному рівні, а її поширення за межі дипломатичного захисту *lato sensu* (якою вона, як видається, обмежена) і практичні наслідки ще належить довести.

Нарешті, деякі держави дійсно включили у своє національне законодавство обов'язок надавати дипломатичний захист своїм громадянам. Найбільш часто як приклад наводять право Німеччини, яка в Веймарській конституції 1919 року (і більш ранніх) закріпила, що «всі громадяни, як знаходяться в межах території Рейху, так і поза нею, мають право на захист з боку Рейху щодо іноземних держав» (ст. 112 Конституції 1919 року), – це положення, хоча і не було перенесено в Основний закон 1949 року, розглядалося як вченими, так і німецькими судами як наявний неписаний конституційний обов'язок, відповідно до якого «органи Федеративної Республіки зобов'язані захищати громадян Німеччини в їх конституційних правах та їх інтересах щодо третіх держав. Якщо цей обов'язок не виконано, це може бути об'єктивним порушенням Конституції». Однак ефективність цього зобов'язання сумнівна – як заявив з цього приводу Дж. Ресс: «Німеччина визнає у своїй правовій системі конституційне право кожного громадянина на дипломатичний захист, але це право дуже близько до *nudum iuris*» (лат. – голе право. – М. К.) [211, с. 150-151]. Ряд інших держав також включили такий «обов'язок здійснювати дипломатичний захист» відповідно до їхнього внутрішнього законодавства [74, par. 80]¹¹, але їх ефективність також невисока (у багатьох випадках навіть суди не компетентні розглядати це рішення). Більш того, його існування аж ніяк не означає, що міжнародне право накладає таке зобов'язання, просто пропонуючи, «що деякі держави вважають

¹¹ Дугард зазначає, що це «зобов'язання» існує в конституціях Албанії, Білорусі, Боснії і Герцеговини, Болгарії, Камбоджі, Китаю, Хорватії, Естонії, Грузії, Гайани, Угорщини, Італії, Казахстану, Лаоської Народно-Демократичної Республіки, Латвії, Литви, Польщі, Португалії, Республіки Корея, Румунії, Росії, Іспанії, Македонії, Туреччини, України, В'єтнама і Югославії.

дипломатичний захист своїх громадян за кордоном бажаним» [183, с. 98].

На наш погляд, на сучасному етапі міжнародного права все ще залишається бажаним спробувати встановити загальне міжнародне зобов'язання держав здійснювати дипломатичний захист своїх громадян за кордоном. Ще в 1915 році Борчард заявив, що «на міжнародному рівні цей обов'язок всього лише моральний, а не юридичний, оскільки немає ніяких засобів для забезпечення його виконання» [120, с. 29], – заява, яка, на жаль, є все ще справедливою. Таким чином, не вважаємо, що завдання полягає в тому, щоб перетворити те, що традиційно розглядалося як *дискреція*, в *обов'язок*. Завдання, на наш погляд, полягає в ослабленні розсуду держави при прийнятті рішення про дипломатичний захист: і справді, якщо ми визнаємо, що мова йде про права держави та особистості, що взаємно доповнюють один одного, держава, яка вирішує, чи здійснювати дипломатичний захист, має враховувати інтереси людини з урахуванням політичних міркувань держави. Попри те, що важко уявити собі випадок, коли держава буде здійснювати дипломатичний захист відповідно до волі людини, навіть якщо це завдає шкоди її власним політичним інтересам, держава повинна принаймні утримуватися від здійснення дипломатичного захисту, коли це суперечить інтересам людини, зокрема, якщо така фізична особа є біженцем і захист спрямований проти держави перебування [169, с. 48-49].

У цьому сенсі в сучасній міжнародній практиці вже є деякі ознаки, що свідчать про тенденцію до того, що окремі громадяни відмовляються від дипломатичного захисту. Наприклад, до скоєння міжнародно-протиправного діяння іноземні інвестори часто відмовляються від дипломатичного захисту (поки триває арбітражний розгляд) через свою згоду на процедуру МЦУІС. Крім того, для деяких міждержавних механізмів в галузі прав людини «вільна згода особи може мати відношення до їх застосування» [91]. Після скоєння міжнародно-протиправного діяння фізичні особи можуть відмовитися від дипломатичного захисту, пред'явивши позов до Трибуналу з розгляду претензій між Іраном та Сполученими Штатами Америки (який призупиняє

дипломатичний захист в очікуванні судового розгляду); відповідно до законодавства США про міжнародні справи *«вимога держави до іншої держави у зв'язку із завданням шкоди своїм громадянам не підлягає задоволенню, якщо після заподіяння шкоди особа відмовляється від вимоги або іншим чином досягає врегулювання в державі-відповідачеві»* [232, с. 61].

Щоб компенсувати відсутність *міжнародних* засобів правового захисту, доступні особі, яка вважає, що її права не захищені належним чином, будь то відмова від здійснення дипломатичного захисту або неналежне здійснення такого права з боку держави, в *національному праві* передбачаються деякі альтернативи. Наприклад, відповідно до швейцарського законодавства, попри відсутність судового захисту за ненадання дипломатичного захисту, Федеральна Рада Швейцарії в 1996 році в справі *Comtrade* (відкритій у зв'язку з відмовою в наданні дипломатичного захисту) заявила, що єдиним засобом правового захисту, доступним для заявника, є *відсилання* до конституційної «заборони на арбітраж», яка в такому випадку була відсутня, оскільки були відсутні інші елементи, але яка може призвести до протилежної інтерпретації, слідує Кондореллі, «що, якби умови, що висувуються міжнародним правом, були виконані, було б безпідставно не захищати людину» [130, с. 15]. Наприклад, в Іспанії, попри те, що не існує засобів судового захисту від відмови в дипломатичному захисті або способу його здійснення, в деяких таких випадках особам надається компенсація. Проте ці тенденції були проігноровані в перших статтях проєкту КМП.

Людиноорієнтована еволюція міжнародного права вплинула на традиційний погляд на дипломатичний захист. Традиційне розуміння дипломатичного захисту як дискреційного права держави сьогодні серйозно заперечується зростаючим визнанням прав особистості міжнародним правом. Сьогодні очевидно, що в основі дипломатичного захисту лежить не порушення права держави через своїх громадян, а реальне порушення індивідуальних прав таких громадян, що тягне за собою додаткове порушення прав держави. Беручи це до уваги, слід послабити традиційну залежність від

необмеженої свободи розсуду держави при прийнятті рішення про здійснення дипломатичного захисту. Держава повинна враховувати інтереси особи, що захищається, оцінюючи їх як перший крок перед прийняттям рішення про подачу позову, і, як мінімум, утримуватися від таких дій, коли це може завдати шкоди таким індивідуальним інтересам (про що може свідчити відмова людини від дипломатичного захисту після того, як їй буде завдано шкоди).

Зважаючи на вищевикладене традиційна ідея про те, що відшкодування, отримане в результаті вимоги про дипломатичний захист, виключно і цілком належить державі-заявнику (яка не несе ніяких додаткових зобов'язань по її розподілу на користь фізичної особи), застаріла. Сьогодні права людини на відшкодування шкоди або судовий контроль над розподілом часто надаються в області прав людини та спеціальних комісій та трибуналів по претензіях. Дійсно, це одне з найважливіших наслідків будь-якого визнання прав особистості на міжнародній арені.

В цілому, внаслідок еволюції статусу людини на міжнародному рівні розвивається і звичаєве право в області дипломатичного захисту. Процес кодифікації, що відбувається в рамках Комісії міжнародного права ООН, не відбиває сьогодні всієї повноти такого впливу. Попри те, що перші статті, підготовлені в рамках проєкту, адаптувалися до цієї еволюції щодо сфери застосування і умов здійснення дипломатичного захисту, вони як і раніше дотримуються традиційної точки зору, вважаючи, що дипломатичний захист є абсолютно дискреційним правом держави. Крім того, рішення не кодифікувати спеціальні правила про відшкодування шкоди, що впливають з вимог про дипломатичний захист, означає додержання традиційної точки зору про те, що відшкодування повністю належить державі.

Таким чином, робота Комісії міжнародного права ООН проігнорувала людино-орієнтовану еволюцію міжнародного права у двох найбільш фундаментальних питаннях, що лежать як в основі, так і на вершині механізму дипломатичного захисту: в його правовій природі та відшкодуванні, одержаному в результаті цього. Поки кодифікація не визнає, що сьогодні в

основі такого механізму лежать права держави та особистості, що взаємно доповнюють один одного, і до тих пір, поки держава зберігає за собою абсолютне право на відшкодування збитку, отримане в результаті дипломатичного захисту, будь-які інші спроби «прогресивного розвитку» (в рамках застосування та умов здійснення) дипломатичного захисту втрачає своє значення: вони не мають реальних практичних наслідків для людини, яка залишається у владі необмеженого розсуду своєї держави.

РОЗДІЛ 3. УМОВИ ЗДІЙСНЕННЯ ДИПЛОМАТИЧНОГО ЗАХИСТУ

3.1. Порухення норм міжнародного права як підстава здійснення дипломатичного захисту

Аналізуючи функцію дипломатичного захисту, професор К. К. Сандровський виділяє чотири основні умови правомірності здійснення дипломатичного захисту. Перша умова, на думку вченого, полягає в тому, що «при здійсненні дипломатичного захисту ... не має бути ніякого втручання у справи, які, по суті, належать до внутрішньої компетенції держави перебування» [84, с. 111]. Іншими словами, при здійсненні функції дипломатичного захисту дипломатичні представництва мають утримуватися від дій, які зачіпають національні інтереси держави перебування, тобто втручатися в питання виняткової юрисдикції цієї держави.

Другою вимогою є те, що «перш ніж вдатися до засобів дипломатичного захисту, посольство має переконатися в тому, що громадянам або органам його держави або відмовлено у мірах судового чи іншого захисту за законодавством країни перебування, або всі засоби, що передбачені цим законодавством для відновлення порушених прав, уже вичерпані і не дали результату» [84, с. 114].

По-третє, на думку К. К. Сандровського, дипломатичний захист може надаватися лише громадянам та юридичним особам власної держави. Разом з тим ст. 8 Проекту статей щодо дипломатичного захисту передбачає можливість здійснення державою дипломатичного захисту по відношенню до осіб без громадянства, а також стосовно осіб, яких визнано цією державою в якості біженця відповідно до міжнародно-правових стандартів, які на дату заподіяння шкоди або на дату офіційного пред'явлення вимоги законно і звичайно проживають в цій державі. Отже, коло осіб, які користуються дипломатичним захистом, є ширшим за той, що визначає К. К. Сандровський, та включає поряд з власними громадянами та юридичними особами також осіб

без громадянства та біженців, які постійно перебувають на законних підставах в відповідній державі.

Нарешті, четвертою умовою, яку зазначає К. К. Сандровський, є те, що право на дипломатичний захист «є *винятковим правом* (виділено нами. – М. К.) власної держави» в особі її посольства, яке склалося на основі міжнародного звичаю, а не як право індивідів. Щодо цього К. К. Сандровський стверджує, що «акредитуюча держава, і лише вона, вирішує, чи вдаватись їй (в особі посольства чи місії, а також консульства) до будь-яких акцій перед органами держави перебування і, якщо так, то в якому обсязі та в якій формі» [84, с. 115].

З приводу останньої зазначеної К. К. Сандровським умови, на нашу думку, більш поважним є слухне зауваження професора В. М. Репецького, який, аналізуючи ст. 25 Конституції України, яка закріплює, що наша держава «гарантує піклування та захист своїм громадянам, які перебувають за її межами», робить висновок, що «дипломатичний захист громадян своєї держави – це обов'язок, а не лише право дипломатичного представництва» [81, с. 156].

Отже, дипломатичний захист здійснюється державою в разі порушення міжнародного права щодо особистості або майна її громадянина. Саме міжнародне право регулює питання про те, чи мало місце таке порушення міжнародного права, хоча міжнародне право може посилатися на національне законодавство для визначення того, чи мало місце порушення міжнародного права. Правила, що стосуються такого порушення міжнародного права, є первинними правилами, що стосуються поведження з іноземцями, порушення яких може призвести до здійснення дипломатичного захисту. Дипломатичний захист виникає на стадії спору після порушення таких первинних правил.

Збиток людині або власності, заподіяний державою, слід охарактеризувати як порушення міжнародного права шляхом застосування поняття, відомого як мінімальний міжнародний стандарт, який можна застосовувати до поведження з іноземцями. Цей стандарт зазвичай

застосовується до шкідливих дій. Мінімальний міжнародний стандарт застосовується – крім і попри зміст національного законодавства приймаючої держави, – для визначення порушення міжнародного права. Іншими словами, деліктний акт, який встановлюється національним законодавством держави перебування, також буде порушенням міжнародного права. Якщо національне законодавство не відповідає міжнародному мінімальному стандарту, в такому випадку міжнародне право буде покликане сприяти характеристиці збитку як порушення міжнародного права. Відносно особи іноземця з боку держави перебування можуть вчинятися грубі дії, такі як арешти, тортури або незаконне ув'язнення, а також можуть мати місце порушення прав власності іноземця, наприклад, в разі незаконного позбавлення власності.

Основні правила міжнародного права, що стосуються поведження з іноземцями, мають широке охоплення і включають правила, які стосуються як заподіяння їм особистої шкоди, так і шкоди щодо їхнього майна. Цим основним правилам також присвячені положення договорів про поведження з іноземними інвестиціями. Багатосторонні та двосторонні договори, такі як інвестиційні договори, можуть містити правила, що стосуються поведження з іноземцями. Якщо такі правила закріплюються, вони замінюють звичайні норми, засновані на міжнародному мінімальному стандарті.

Слід зазначити, що стандарт, який можна застосовувати до дій приймаючої держави, визначається головним чином будь-яким договором, стороною якого є обидві держави. За відсутності таких договорів, мінімальний стандарт міжнародного права піддався впливу звичаєвого права, що регулює права людини. Зокрема, міжнародні пакти ООН з політичних, громадянських, економічних і соціальних прав, а також європейські та американські конвенції про права людини сьогодні, очевидно, мають велике значення для міжнародного мінімального стандарту поведження з іноземцями. У зв'язку з цим важливо відзначити, що в Справі Дьялло проти Швеції *Diallo v. Sweden* (попередні заперечення) Міжнародний суд ООН заявив: «Внаслідок суттєвого розвитку міжнародного права в останні десятиліття щодо прав, які воно надає

окремим особам, обсяг *ratione materiae* дипломатичного захисту, спочатку обмежений передбачуваними порушеннями мінімального стандарту поведінки з іноземцями, згодом розширився, включивши в нього в тому числі міжнародно гарантовані права людини» [104].

Як уже зазначалося, порушення державою контракту з іноземцем не є *per se* порушенням міжнародного права, хоча і має місце втручання в права іноземця з боку держави [110]. У таких випадках, як у випадку заподіяння шкоди іноземцю фізичними особами, для того щоб мало місце міжнародне правопорушення має бути відмовлено в правосудді судами приймаючої держави. Така відмова в правосудді може проявлятися, наприклад, в явно несправедливому судовому рішенні або відмові в доступі до судів приймаючою державою.

Наслідки відмови в правосудді в певних обставинах приводять до певного протиріччя, що виникає внаслідок необхідності вичерпати з боку іноземця місцеві засоби правового захисту. Вичерпання місцевих засобів правового захисту є попередньою умовою для здійснення дипломатичного захисту. Таким чином, необхідно зупинитися на порушенні міжнародного права, відмові в здійсненні правосуддя і вичерпанні місцевих засобів правового захисту.

Відносно відмови в правосудді можна відзначити, що в принципі визнається відмінність між, наприклад, ситуацією, коли заподіяна шкода є приватним порушенням, і ситуацією, в якій держава здійснює порушення, яке може бути прирівняне до міжнародно-протиправного «делікту» або «шкоди» щодо іноземця. Такі справи, як Справа «Інтерхандель» [159], підтверджують думку про те, що, якщо передбачувана неправомірною дією такого характеру здійснюється державою, це відразу зводиться до порушення міжнародних зобов'язань цієї держави щодо іноземця. З іншого боку, якщо передбачувана початкова шкода є приватним правопорушенням, за яке держава не несе відповідальності або яке не ставиться до держави в силу дії або бездіяльності з її боку – в цьому випадку з боку держави не порушуються її міжнародні

зобов'язання щодо іноземця до тих пір, поки не відбудеться якісь подальші дії або бездіяльність держави. Така дія або бездіяльність відбувається, коли в процесі судового розгляду або в процесі врегулювання відповідного спору відбувається подальша помилка. Це, як правило, якась агресивна дія або бездіяльність судової влади, що може бути охарактеризоване як відмова в правосудді. Наприклад, якщо доступ до судів або до наявних процедур ускладнений або взагалі якщо проти іноземця винесено явно несправедливе судові рішення, така відмова в доступі або несправедливий судовий розгляд, який ставиться до держави, є порушенням міжнародного права щодо іноземця, на якому може ґрунтуватися міжнародна вимога держави громадянства іноземця [174]. Різниця між двома ситуаціями полягає в тому, що передбачувана первісна помилка сама по собі не породжує порушення міжнародного права, а в іншому – є такою.

В одній ситуації не потрібно ніяких додаткових дій або відступів, пов'язаних з відправленням правосуддя, щоб породити міжнародне правопорушення, в той час як в іншій ситуації причиною міжнародного позову є саме недоліки у здійсненні правосуддя. Якщо ці недоліки описуються як відмова в правосудді, саме ця відмова в правосудді породжує порушення міжнародного права щодо іноземця. Якщо передбачуване початкове порушення безпосередньо пов'язано з державою та є міжнародним порушенням, це не повинно і не може характеризуватися як відмова в правосудді, хоча це порушення міжнародного права, так що це не відмова в правосудді, яка породжує порушення міжнародного права.

Порушення державою міжнародного права завжди породжує міжнародну відповідальність. З іншого боку, така відмова в правосудді не тільки породжує відповідальність, коли вона є порушенням державою міжнародного права, але в певних обставинах також пов'язана із загальною відповідальністю шляхом створення додаткового порушення міжнародного права, тобто в тих випадках, коли початкове порушення державою міжнародного права є чимось іншим, ніж відмова у правосудді.

З огляду на відмінності ситуацій, породжуваних порушенням міжнародної норми, стає легше зрозуміти особливості правила вимоги вичерпання місцевих засобів правового захисту. Очевидно, що в разі, якщо передбачуване початкове ставлення відноситься до держави та є міжнародним правопорушенням, вичерпання місцевих засобів правового захисту матиме місце щодо порушення і буде пов'язано з виправленням цього порушення. Тоді це правило буде вимагати, щоб засоби захисту були вичерпані до найвищого рівня.

Тому в цій ситуації не слід говорити про те, що повинні бути вичерпані місцеві засоби правового захисту, що призводять до відмови в правосудді, оскільки це буде означати, що щось більше, ніж відсутність задовільного відшкодування за первинне порушення (наприклад, відмова в доступі до суду, невинуватене затягування вирішення спору або винесення явно несправедливого рішення), зажадало б пред'явити вимогу на підставі дипломатичного захисту. Той факт, що процес національних засобів правового захисту призводить до рішення, яке суперечить міжнародному праву або порушує міжнародні зобов'язання приймаючої держави, не може бути належним чином охарактеризований як відмова в правосудді, хоча в кінцевому підсумку цього досить для пред'явлення міжнародної претензії, заснованої на дипломатичному захисті. Слід зазначити, що стосовно остаточного рішення про вичерпання національних засобів правового захисту немає потреби доводити, що це рішення було «явно несправедливим» в будь-якому сенсі цього терміна, щоб спричинити міжнародну відповідальність. Досить, щоб це рішення не відповідало міжнародним зобов'язанням приймаючої держави вжити дипломатичні заходи або міжнародні правові дії.

Якщо початкове порушення не є порушенням міжнародного права державою перебування (наприклад, коли це є приватним порушенням (деліктом) або коли держава винна в простому порушенні), щоб мало місце порушення міжнародних зобов'язань приймаючою державою необхідно звернутися або спробувати звернутися до місцевих засобів правового захисту.

Порушення міжнародного права, яке згодом відбувається, зазвичай може бути описано як відмова в правосудді.

Поняття відмови в правосудді в літературі вживається частіше за все стосовно дій і бездіяльності судових органів держави.

Ш. Руссо (*Ch. Rousseau*) під відмовою у правосудді в *lato sensu* розуміє «будь-які недоліки в організації або у виконанні судової функції», а у *stricto sensu* «відмову в доступі до судів» [215, с. 374].

Ш. Вішер (*Ch. de Visscher*) визначає відмову у правосудді як «будь-які недоліки в організації або здійсненні судової функції, що містять порушення свого міжнародного зобов'язання захищати іноземців у судовому порядку», а під відмовою в правосудді в вузькому сенсі відмову доступу до судів, затягування з винесенням рішення і перешкоди проти іноземного позивача [234, с. 88].

Цікавою є позиція А. Фердросса (*A. Verdross*) про те, що «тяжкі гріхи судових органів часто об'єднуються під загальним виразом «відмова в правосудді *déni de justice*». Проти такого розширення цього поняття направлено рішення у справі *Chattin*, яке вказує на змішання різних фактичних обставин. У цьому рішенні йдеться, що під відмовою у правосудді розуміється лише випадок, коли після того, як приватною особою або органом адміністрації здійснений неправомірний акт, а з боку суду надійшла відмова у правосудді, потерпілому надається право звернутися із законною вимогою про відшкодування шкоди» [95, с. 368].

Стаття 9 Гарвардського проєкту 1929 р. в поняття відмови у правосудді включає не лише відмову в доступі до судів і повільний розгляд справи, але й «очевидний недолік в управлінні судовими органами». Такого роду тлумачення, на думку І. І. Лукашука, пояснюються прагненням забезпечити судовий захист іноземцям та їх власності, що мало особливе значення для економічно розвинених країн. Якщо ж справа йде про міжнародні зобов'язання щодо іншої держави, то в цьому випадку будь-яка поведінка судового органу, що являє собою порушення зобов'язання, породжує

міжнародну відповідальність [68, с. 121].

На думку ряду науковців під відмовою в правосудді розуміється будь-яка шкода, заподіяна не тільки судовими, а й адміністративними, і навіть законодавчими органами держави. Дж. Х. Ралстон (*J. H. Ralston*), наприклад, доходить висновку, що термін відмова у правосудді застосовується також до неправильної дії або бездіяльності виконавчої влади [73, с. 340].

С.С. Андрейченко звертає увагу, що тенденція розширення поняття відмови у правосудді з'явилася і була розвинена в англійській та американській літературі: «Така широка інтерпретація ґрунтується на середньовічному понятті *denegatio justitiae*, яке було підставою для приватних репресалій. Іноземець, чиї права були порушені, перш за все повинен був звернутися за захистом до місцевого монарха, і лише в разі незадоволення його претензії до простого правопорушення додавалося *denegatio justitiae* і потерпілий отримував право звертатися за допомогою до свого монарха. Останній міг видати *lettres de marge*, в силу якого потерпілий отримував право силою повернути своє майно від підданих монарха, який відмовив у правосудді» [3, с. 73].

Крім того, відмова у правосудді може мати місце внаслідок акта виконавчої влади, що перешкоджає судовому процесу, позбавляє доступу до засобів правового захисту або призводить до неможливості отримати засоби правового захисту чи позбавляє незалежності судову владу, що робить судовий процес неможливим або явно несправедливим. Таке «порушення функціонування» судового процесу є міжнародним правопорушенням, що має називається відмовою у правосудді та породжує міжнародну відповідальність.

Більш того, правило місцевих засобів правового захисту, що застосовуються при відмові в правосудді як міжнародного правопорушення, передбачає вимогу вичерпання (а не просто звернення до них) місцевих засобів захисту. Згідно з цією вимогою міжнародний суд не прийме до провадження претензію від імені іноземця із заявою про відмову йому в правосудді, якщо ця особа не вичерпала всіх законних можливостей захисту,

наданих їй у відповідній державі. До тих пір, поки немає остаточного рішення на вищому рівні авторитетних органів влади відповідної держави, не можна сказати, що відбувається остаточна відмова в правосудді та що виникла обґрунтована претензія міжнародного характеру. Вимога вичерпання місцевих засобів правового захисту часто включається в конвенції, що передбачають обов'язкову юрисдикцію міжнародних судів. Проте невичерпання місцевих засобів правового захисту не вимагається та не буде перешкодою для пред'явлення претензії, якщо чітко встановлено, що за обставинами справи звернення до органу вищої влади буде неефективним, наприклад, якщо верховний судовий орган перебуває під контролем виконавчого органу влади, чиї дії є предметом скарги (див., наприклад, справу Брауна, що розглядалася англо-американським третейським судом 1929 р.) або якщо шкода, заподіяна іноземцю, є актом уряду як такого (див. арбітражне рішення щодо спору між Грецією і Болгарією 1938 р.) [73, с. 341-342].

Таким чином, можна сказати, що в зазначених вище випадках повинна бути норма про вичерпання місцевих засобів правового захисту, перш ніж заявляти міжнародну вимогу, хоча міжнародна відповідальність виникла б уже у зв'язку з самою відмовою у правосудді. Важливо підкреслити, що міжнародно-протиправним діям, щодо якого виникає відповідальність і повинні бути вичерпані місцеві засоби правового захисту, є відмова у правосудді, хоча міра шкоди, заподіяної іноземцю, може сама по собі не породжувати міжнародну відповідальність [174]. Саме відмова в правосудді, яка мала місце після звернення до місцевих засобів правового захисту та їх вичерпання, є підставою виникнення відповідальності та пред'явлення міжнародного позову. Подальша відмова в правосудді після вичерпання місцевих засобів правового захисту робить міжнародну претензію законною і доцільною.

Проілюструємо це правило трьома прикладами:

По-перше, коли приймаюча держава конфісковує (без будь-якої компенсації) майно іноземця, це є порушенням міжнародних зобов'язань

держави, що приймає. З метою усунення правопорушення повинні бути вичерпані місцеві засоби правового захисту. Якщо після вичерпання місцевих засобів захисту усунення порушення не було, може бути заявлений дипломатичний протест або міжнародний позов щодо первісної конфіскації. Не потрібно додаткової відмови в правосудді в процесі вичерпання засобів правового захисту. Досить того, що вичерпання засобів правового захисту призвело до прийняття рішення, яке закріплює порушення міжнародного права, яке було викликано первісною конфіскацією, і не відновлює права іноземця, визнані міжнародним правом.

По-друге, наприклад, коли майно іноземця знищується приватною особою, або приватна особа допускає порушення договору щодо іноземця, або відбувається порушення приймаючою державою контракту з іноземцем, це не є причиною порушення міжнародних зобов'язань приймаючої держави, хоча при цьому може бути завдано збитків іноземцю. Іноземець повинен звернутися до (невичерпних на даному етапі) місцевих засобів правового захисту, і лише якщо в разі такого звернення має місце відмова в правосудді, буде допущено міжнародне правопорушення з боку приймаючої держави. Така відмова в правосудді може виникнути, наприклад, через процесуальні зловживання або явно несправедливе рішення. Просте негативне судове рішення не буде відмовою в справедливості або міжнародним правопорушенням. Хоча відмова в правосудді породжує міжнародну відповідальність з боку приймаючої держави, іноземець повинен потім вичерпати (не просто вдаватися) місцеві засоби правового захисту щодо цієї відмови в правосудді на найвищому рівні, перш ніж державу його громадянства може підтримати дипломатичну вимогу або ініціювати міжнародні судові позови, тобто здійснювати право дипломатичного захисту, яке потім буде також пов'язане з міжнародною «відповідальністю» в технічному або формальному сенсі. Після вичерпання місцевих засобів правового захисту для настання міжнародної відповідальності має бути відсутнім усунення початкової відмови в правосудді. Немає потреби в

подальшій аберації при здійсненні правосуддя.

По-третє, якщо іноземець піддається кримінальному переслідуванню за злочин, первинне міжнародне правопорушення щодо звинувачення матиме місце тільки в разі, якщо мав місце будь-який дефект в процесі здійснення правосуддя, який може бути кваліфікований як відмова в правосудді, що тягне міжнародну відповідальність. Просте несприятливе рішення не призведе до такої відповідальності, оскільки не буде порушення міжнародного права. Іноземець має вичерпати місцеві засоби правового захисту до найвищого рівня щодо цієї відмови в правосудді до того, як дипломатична або міжнародно-правова вимога може бути заявлена від його імені, тобто може бути здійснено право дипломатичного захисту. Отже, для заявлення такої вимоги необхідно, щоб первинна відмова в правосудді або її дія залишалися без виправлення після вичерпання місцевих засобів правового захисту.

З описаних вище ситуацій випливають два наслідки. По-перше, в разі, коли первинним міжнародним порушенням є дефект в судовому процесі (так звана відмова в правосудді), активація місцевих засобів правового захисту до виникнення міжнародного правопорушення не пов'язана з вичерпанням місцевих засобів правового захисту. Залучення місцевих засобів правового захисту до моменту скоєння міжнародного правопорушення потрібно для того, щоб могло виникнути міжнародне порушення, яке тягне за собою міжнародну відповідальність приймаючої держави, і не є невіддільною частиною правила. *Необхідно використовувати засоби правового захисту* для того, щоб міжнародне порушення і відповідальність виникли в результаті відмови в правосудді, і *вичерпати засоби правового захисту* після цієї відмови в правосудді, з тим щоб скарга була прийнятною або дійсною на міжнародному рівні, тобто шляхом здійснення права на дипломатичний захист.

По-друге, якщо після «відмови в правосудді», що становить міжнародне правопорушення, внаслідок чого виникає відповідальність, і в процесі вичерпання місцевих засобів правового захисту щодо цієї відмови в

правосудді будуть допущено більшу кількість випадків порушення функціонування судового захисту або місцевих засобів правового захисту, вони становитимуть основу міжнародного правопорушення. Такі додаткові випадки не потрібні для встановлення прийнятності скарги або її підтримки після того, як місцеві засоби правового захисту були вичерпані, але вони, безумовно, будуть являти собою додаткові порушення, за які несе відповідальність приймаюча держава.

У доктрині міжнародного права часто можна почути думку, що вичерпання національних засобів правового захисту, що призводять до відмови в правосудді, є попередньою умовою здійснення дипломатичного захисту, проведений аналіз, який, як вважається, точно показує практику здійснення дипломатичного захисту, показує, що така думка не відбиває сучасні зміни в міжнародному праві. У тих випадках, коли основою для міжнародної відповідальності є так звана відмова в правосудді, право дипломатичного захисту може бути здійснено і міжнародна претензія буде або може бути схвалена після вичерпання місцевих засобів правового захисту відповідно до вимог даного правила, оскільки ця відмова в правосудді існує або неадекватно виправлена.

3.2. Категорія «громадянство» як передумова дипломатичного захисту

Наявність громадянства є умовою для отримання особою захисту з боку держави громадянства. В міжнародних документах використовуються різні способи для позначення та визначення громадянської (національної) належності особи. Можна стверджувати, що роль громадянства в контексті дипломатичного захисту переглядається. Разом з тим громадянство й надалі залишається генеральною передумовою надання дипломатичного захисту з боку держави громадянства.

Громадянство як правове поняття, що вказує на приналежність особи до певної держави, означає сукупність правових зв'язків між індивідом і державою, які проявляються в наявності взаємних прав і обов'язків. У

громадянстві акумулюються політико-правові, соціальні, культурні, психологічні, морально-етичні відносини та зв'язки, які існують між особистістю і державою. Іншими словами, громадянство має не тільки юридичне значення, що визначає правовий зв'язок між особою і державою, але також соціальне значення, що визначає належність особи до суспільства та участь в його житті.

Громадянство визначає правовий статус особи, обумовлює юрисдикцію держави, що припускає відповідальність особи перед державою, так само як і обов'язок держави щодо захисту своїх громадян, які перебувають за кордоном. Як правовідношення, громадянство, з одного боку, є підставою права на отримання захисту з боку своєї держави, з іншого – воно виступає як інструмент захисту прав та інтересів держави.

Громадянство є, як правило, умовою і передумовою надання дипломатичного захисту особам, які перебувають за межами держави їх громадянської належності. Однак вся частіше спостерігаються випадки (такі як статус апатрида, біженця та ін.) відступу від цієї вимоги.

У сучасній українській науці конституційного права розрізняють три значення терміну “громадянство”:

1) як одне з суверенних прав держави, що передбачає її можливість в односторонньому порядку регулювати відносини громадянства. Однак при реалізації цього права держава обмежена нормами міжнародного права та правами людини, перш за все правом людини на громадянство;

2) як конституційно-правовий інститут, тобто сукупність конституційно-правових норм, що регулюють відносини між державою, з одного боку, і громадянами, іноземцями, особами без громадянства – з іншого;

3) як публічно-правовий стан індивіда, що являє собою стійкий правовий зв'язок людини з конкретною державою, що обумовлює взаємні права та обов'язки громадян та держави у випадках, зазначених у законі [87, с. 99].

У міжнародному праві громадянство розглядається як правова категорія, пов'язана з населенням держави, яке неоднорідне за своїм складом.

Розрізняють фактичне населення і населення в державно-правовому сенсі. До останнього відносяться лише громадяни цієї держави – іноді сюди відносяться не тільки громадяни, які проживають на її території, але також і ті, які знаходяться за кордоном. Іншими словами, територіально громадянство не обмежено.

Громадянство являє собою такий інститут, в якому співвідносяться норми національного законодавства та міжнародного права. Громадянство визначає правове положення особи як всередині держави, так і за її межами в міжнародному спілкуванні. Крім національного законодавства, з питань громадянства існують багатосторонні та двосторонні угоди держав, що регулюють питання громадянства.

Громадянство можна розглядати як суб'єктивне право особи, і в цьому сенсі слід говорити про право індивіда на громадянство. Обґрунтуванням такого тлумачення служать стаття 15 Загальної декларації прав людини 1948 року і пункт 3 статті 24 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року, в яких прямо вказується на це право. Йдеться про громадянство як про визнану законом належності особи до конкретної держави. Стаття 15 Загальної декларації прав людини захищає не тільки право на громадянство, але і право на його зміну. У Конвенції про громадянство заміжньої жінки 1957 року і в пункті 1 статті 9 Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979 року встановлено, що громадянство жінки не повинно автоматично змінюватися в результаті шлюбу чи розлучення. Аналогічним чином стаття 8 Конвенції про права дитини 1989 року захищає від протизаконного втручання індивідуальність дитини, включаючи громадянство; це положення в поєднанні зі статтею 7 (право на громадянство) Конвенції може запобігати втрати громадянства дитиною в контексті усиновлення, визнання, узаконення чи іншого подібного акту.

Право на громадянство зі свого боку детермінує наявність в особі інших прав. Громадянство означає наявність в індивіда конституційних прав, свобод і обов'язків, встановлених кожною конкретною державою [4, с. 35].

Одним з перших міжнародних договорів, який закріпив поняття громадянства, стала Європейська конвенція про громадянство 1997 року: «... визнаючи, що в питаннях, що стосуються громадянства, слід враховувати законні інтереси як держав, так і окремих осіб <...> для цілей цієї Конвенції: а) “громадянство” означає правовий зв’язок між особою і державою без вказівки етнічного походження цієї особи». Як видно з положень Конвенції, вона сприйняла поняття громадянства, вироблене у внутрішньодержавному праві. Причому Європейська конвенція спеціально підкреслює, що громадянство не визначається етнічним (національним) походженням.

Водночас ряд вчених (зокрема, А. Борчард) вважають за краще громадянство називати національною приналежністю [120, с. 268]. Досить часто аналогічні поняття використовуються в міжнародних договорах (особливо з питань запобігання подвійному оподаткуванню). Як приклад можна навести Конвенцію між Урядом України та Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податкових ухилень стосовно податків на доходи та на майно 2000 р., в якій термін “національна особа” означає:

- (i) всі фізичні особи, що мають громадянство Договірної Держави;
- (ii) всі юридичні особи, товариства та асоціації, що одержали такий статус на підставі чинного законодавства Договірної Держави.

У вищенаведеному положенні договору фізичні особи – громадяни – мають статус національної особи. Проте в такому випадку мова йде не про фактичну приналежність людини до етнічної групи. Правильно буде сказати про національну приналежність особи [65, с. 120].

Але якщо у внутрішньому праві поняття «громадянство» може бути застосовано тільки щодо фізичних осіб – відповідно, громадянами можуть бути тільки фізичні особи, – в міжнародному праві воно може використовуватися для визначення правового статусу як фізичних, так і юридичних осіб. Наприклад, в Моделі двосторонньої угоди про уникнення подвійного оподаткування виплат авторської винагороди, яка додається до

однойменної Конвенції 1979 року термін «громадяни» означає:

- будь-які фізичні особи, які мають громадянство цієї держави;
- будь-які юридичні особи, суспільства або асоціації осіб, які отримали

такий статус відповідно до чинного в даній державі законодавства.

Положення про включення юридичних осіб в громадян належать до кінця другої половини ХХ століття. У так званих Паризьких мирних договорах з Італією, Румунією, Угорщиною, Болгарією та Фінляндією, укладених 10 лютого 1947 року, вперше зустрічається вислів «громадяни Об'єднаних Націй», який означає фізичних осіб, які є до моменту набрання чинності договорів громадянами будь-якої з Об'єднаних Націй, або корпорацій або асоціацій, організованих до цього моменту за законами будь-якої з Об'єднаних Націй.

Таке узагальнення терміном «громадяни» фізичних і юридичних осіб характерно і для консульських конвенцій. Зокрема, серед консульських функцій, закріплених Конвенцією про консульські зносини 1963 року, в статті 5 названа охорона інтересів громадян (фізичних і юридичних осіб) акредитуваної держави на території держави перебування. С. А. Федчишин зауважує, що функція захисту інтересів тісно пов'язана з діяльністю посольств щодо розгляду звернень громадян України [94, с. 98].

Цікаво, що при розкритті функцій дипломатичного представництва щодо захисту в державі перебування інтересів акредитуваної держави та її громадян Конвенція про дипломатичні зносини 1961 року не робить такого уточнення, однак системне тлумачення цього положення і практика здійснення дипломатичного захисту дозволяють розуміти під громадянами, про яких йде мова в п. б ч. 1 ст. 3 Конвенції, не тільки фізичних, а і юридичних осіб. В. М. Репецький слушно підкреслює, що закріплений у ст. 3 Віденської конвенції 1961 р. перелік функцій дипломатичного представництва акредитуваної держави в державі перебування не слід уважати вичерпним – це було би неправильним з огляду на постійний розвиток міжнародних відносин, що, зрештою, приводить до виникнення та закріплення у практиці нових

функцій посольств і місій [81, с. 157].

Доречно нагадати, що правові інститути та терміни, які використовуються в міжнародному праві, не завжди наділяються тим же змістом, з яким вони використовуються в національному праві. Багато міжнародних договорів розкривають зміст термінів, які використовуються по їх тексту, а також містять правило про те, що вони не зачіпають вживання цих термінів або значень, які можуть бути їм надані, у внутрішньому праві будь-якої держави. Загальні правила тлумачення міжнародних договорів закріплюються в статтях 31-33 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, які передбачають в тому числі положення про спеціальне значення використовуваних термінів. Тому слід правильно сприймати міжнародно-правове визначення громадянства незалежно від його відповідності значенню, яке йому надається в законодавстві держав [101, с. 12].

Крім термінів «громадянство» і «національність», для визначення зв'язку особи з державою в міжнародних документах використовується й інша термінологія. Так, в статті 2 Загальної декларації прав людини 1948 року використовується формулювання «країна, до якої людина належить». Міжнародний пакт про громадянські та політичні права оперує поняттям «своя власна країна».

Як бачимо, в міжнародного праві вироблено різні способи визначення правового зв'язку особи з державою.

Стосовно питань здійснення дипломатичного захисту як практика держав, так і міжнародна судова практика виходять з того, що держава може здійснювати дипломатичний захист тільки щодо своїх громадян, тобто щодо фізичних і юридичних осіб, які пов'язані з нею відповідно громадянством чи реєстрацією (юридичні особи).

Ще в 1923 році Постійна палата міжнародного правосуддя в Консультативному висновку по справі про декрети про громадянство в Тунісі та Марокко вказала, що відповідно до міжнародного права питання

громадянства перебувають принципово в рамках внутрішньої юрисдикції держав, а в рішенні по справі Мавроматіса 1924 року визначила право держави захищати своїх громадян як основний принцип міжнародного права.

Зі свого боку Гаазька конвенція, яка регулює деякі питання, пов'язані з колізією законів про громадянство, 1930 року встановила, що національність визначається відповідно до її внутрішнього законодавства кожної держави (ст. 2). Таким чином, кожна держава як суверен має право визначати приналежність осіб своєї національності.

Міжнародний суд ООН встановив стандарт визначення національності фізичної особи в справі Ноттебома [191, п. 4]. У цій справі містер Ноттебом, народжений в Гамбурзі (Німеччина), переїхав до Гватемали, де здійснював комерційну діяльність. Однак він вирішив також подати заяву про отримання громадянства Ліхтенштейну, який він неодноразово відвідував, відвідуючи брата. Після виникнення спору між Ноттебомом і Гватемалою Ліхтенштейн як держава громадянства звернувся до Міжнародного суду ООН в порядку дипломатичного захисту містера Ноттебома. Міжнародний суд ООН, розглянувши спір між Ліхтенштейном та Гватемалою, вказав, що «факту визнання громадянства особи державою відповідно до її внутрішнього законодавства недостатньо, потрібно також встановити, чи існує справжній і щирий зв'язок між державою та її громадянином» [191, п. 22]. Суд зазначив: «Відповідно до практики держав, арбітражних і судових рішень і думки вчених, громадянство виступає юридичним зв'язком, в основі якого є соціальний факт прихильності, справжній зв'язок існування, інтересів і почуттів, поряд з наявністю взаємних прав і обов'язків. Можна сказати, воно являє собою юридичне вираження тієї обставини, що особа, якій воно надається, або безпосередньо в силу закону, або в результаті акту влади, фактично більше тісно пов'язана з населенням держави, що надає громадянство, ніж з населенням будь-якої іншої держави. Громадянство надає право цій державі здійснювати захист перед іншою державою лише в тому випадку, якщо воно являє собою юридичне оформлення зв'язку особи, завдяки

якому вона стала його громадянином». На цій підставі Суд ухвалив, що «такий тісний зв'язок» не був встановлений між Ноттебомом і Ліхтенштейном, а отже, Ліхтенштейн не має права звертатися до суду в порядку дипломатичного захисту, оскільки національність Ноттебома хоча і підтверджена внутрішніми законами держави Ліхтенштейн, але є «неефективною».

Таким чином, Міжнародний суд ООН у справі Ноттебома встановив, що, по-перше, визначення національності особи не є виключною прерогативою держави, а по-друге, національність може бути визнана дійсною для цілей міжнародного права тільки в разі, якщо вона є ефективною. Зазначена позиція Міжнародного суду ООН має фундаментальне значення для міжнародного права в цілому та інституту дипломатичного захисту зокрема.

Ця обставина підкреслена Міжамериканським судом з прав людини в Консультативному висновку щодо проєктів поправок до положень про натуралізацію Конституції Коста-Рики, в якому зазначено, що необхідно узгодити принцип про те, що надання громадянства входить у внутрішню юрисдикцію держави, з ще одним принципом, згідно з яким міжнародне право встановлює кількість певних меж щодо повноваження держави, які пов'язані з вимогами, передбаченими міжнародною системою захисту прав людини [202, пар. 11].

Зазвичай, передумовою надання дипломатичного захисту державою є наявність громадянства в особи, якій такий захист здійснюватиметься. Як виняток, відповідно до загальновизнаної міжнародної практики дипломатичний захист може надаватися державою іноземним громадянам, які є членами екіпажу судна, що плаває під прапором цієї держави, а також іноземним громадянам, які перебувають на службі в збройних силах цієї держави [124, с. 480].

В доктрині та практиці міжнародного права здавна широко визнано, що держава має повне право здійснювати захист іноземних громадян, які перебувають на службі в збройних силах держави, та іноземних громадян-членів екіпажу військових кораблів держави. Як зазначає Г. Шварценбергер,

«виключна юрисдикція держави над військовослужбовцями за кордоном в мирний час зробила практику держав терпимою до права на захист держави щодо військовослужбовців незалежно від їх громадянства» [216, с. 593]. На його думку, таке право обґрунтовується, перш за все, національною приналежністю збройних сил або кораблів і неподільністю такого роду «корпоративного» громадянства. Проте щодо існування подібного права на захист стосовно іноземних громадян-членів екіпажу торгових судів, на думку Шварценбергера, навряд чи можна говорити про усталену норму міжнародного права, але не можна і стверджувати, що такого права в рамках міжнародного права у держав немає взагалі.

Більш рішуче на підтримку такого права щодо захисту іноземних моряків висловлюється англійський юрист П. Уейс, який вважає, що «захист, який надається іноземним морякам, службовцям на військовому кораблі чи торговому судні, що несе прапор держави, яка надає захист, є практикою, заснованою на міжнародному звичаї та внутрішньому праві, і такий захист обмежений строком служби» [237, с. 24]. Підтримує цю точку зору й інший англійський дослідник А. Д. Уоттс, який зазначає, що право держави на захист іноземців-членів екіпажів торгових суден, що плавають під її прапором, існує є свого роду винятком із загального правила щодо громадянства при висуненні претензій [236, с. 692].

На думку відомого американського юриста-міжнародника Е. М. Борчарда, категорією осіб, які необов'язково мають громадянство США, але які, в той час коли вони знаходяться на службі на американських судах, мають право на захист США, є моряки [120, с. 475].

Визнання права держави прапору здійснювати захист всіх категорій іноземних моряків на кораблях та суднах знаходить підтримку в практиці держав.

Одним з прецедентів позитивного вирішення питання про надання захисту морякам-іноземцям є справа «Маккріді (США) проти Мексики» 1868 року. В цій справі спір виник внаслідок захоплення силами Мексики корабля

під американським прапором і взяття під варту його екіпажу. Відповідно до прийнятого рішення було визнано право США на захист члена екіпажу американського корабля, американське громадянство якого не було належним чином підтверджено. Розглядаючи справу, суддя висловив думку про те, що моряки, які перебувають на службі у військово-морському або торговельному флоті під прапором, які не є їх власним, мають право на час такої служби, на захист держави прапора, під яким вони служать.

Позитивним було і рішення в справі «Рішельє (США) проти Іспанії» 1904 року, в якій комісія з претензій прийняла за поданням США рішення на користь Рішельє, підданого Франції, який в 1872 році заявив про намір стати громадянином США і згодом протягом понад 20 років служив на американських торгових суднах.

Проте визнання права держави прапора на захист членів екіпажів судна незалежно від їх громадянства не було одностайним.

Так, у справі «Шилдс (США) проти Чилі» і «Хілсон (США) проти Німеччини» Сполученим Штатам було відмовлено в задоволенні їхніх претензій щодо моряків-іноземців, членів екіпажів американських кораблів, на тій підставі, що згідно з досягнутим компромісом США могли пред'являти претензії тільки щодо своїх громадян. Проте в справі Хілсон суддя Едвін Б. Паркер погодився з тим, що подібного роду претензії відповідно до міжнародного права цілком можуть бути пред'явлені державами [236, с. 694-695].

В 1915 році влада Великої Британії відмовила США в задоволенні претензії щодо громадянина Німеччини Пьепенбрінка – члена екіпажу американського судна, який заявив про своє бажання стати американським громадянином, – на тій підставі, що Пьепенбрінк на момент пред'явлення претензії все ж перебував в німецькому громадянстві [236, с. 695].

Непослідовною щодо визнання права держави прапора на захист всіх членів екіпажу судна є і позиція США. Так, при розгляді в 1933-1935 роках претензії уряду Канади до уряду США щодо канадського корабля “*I’m Alone*”,

коли канадська сторона виступила на захист членів екіпажу, які не були громадянами Канади, представники США висловилися проти можливості пред'явлення претензій державою щодо моряків-іноземців, тим самим відкидаючи аргументи, які вони використовували раніше [133, с. 193-195].

Практика надання захисту іноземним морякам превалювала в США, на підтримку правомірності здійснення такого захисту висловлювалися і представники Британії. Положення про те, що моряки-іноземці, які є членами екіпажу італійського судна, користуються захистом італійського прапора, містилося і в італійських інструкціях [236, с. 697]. У липні 1957 року Міністерство закордонних справ Данії доручило своїй дипломатичній місії в Каїрі звернутися до Міністерства закордонних справ Єгипту з проханням надати роз'яснення щодо обставин затримання громадянина Ізраїлю Рафі Ейлора, члена екіпажу данського корабля, який, як стало відомо, був заарештований владою Єгипту за звинуваченням у шпигунстві. Данське представництво в Єгипті звернулось до МЗС Єгипту, але ніяких пояснень від єгипетської влади не отримало. Ізраїльська сторона, зі свого боку, проінформувала про цей інцидент Раду Безпеки ООН. 15 серпня Р. Ейлон був переданий єгиптянами ізраїльській владі.

Підтримку права держави прапора на захист моряків-іноземців висловилися в 1949 році при розгляді в Міжнародному суді ООН питання про відшкодування збитку, понесеного на службі ООН, судді Хекворт і Бадаві-паша. Суддя Хекворт висловив думку про те, що повноваження держави, яка надає захист морякам-іноземцям, обумовлені особливим становищем моряків, статус яких прирівнюється до статусу громадян [236, с. 703-704]. Суддя Бадаві в його окремій думці висловив аргумент про те, що захист моряків-іноземців пов'язаний з «захистом прапора». Більш того, він висловив думку, що захист держави прапора поширюється на всіх осіб, які перебувають на судні, незалежно від їх громадянства. Сформульоване таким чином правило по суті справи не перешкоджає державі прапора здійснювати захист не тільки моряків-іноземців, але і пасажирів-іноземців.

Міжнародні арбітражні рішення не дозволяють зробити остаточний висновок щодо права держави прапора поширювати захист на моряків, які не є її громадянами, проте арбітри скоріше схилиються на користь такого права, ніж проти нього. У справі *McCready* арбітр сер Едвард Торнтон стверджував, що «моряки, які відбувають службу у військово-морському або торговельному флоті під прапором, який не є їх власним, мають право на захист прапора, під яким вони служать» [187, с. 25-36].

В 1999 році Міжнародний трибунал з морського права у справі «*Saiga*» виніс своє рішення, в якому надається підтримка праву держави прапора домагатися відшкодування для членів екіпажу, які не є її громадянами. Спів в цій справі виник у зв'язку з затриманням Гвінеєю судна «*Saiga*», коли воно забезпечувало паливом риболовецькі судна поблизу берегів Гвінеї. Судно «*Saiga*» було зареєстровано в Сент-Вінсент і Гренадінах, а його капітан і екіпаж були громадянами України. На борту під час арешту перебувало також троє сенегальських робітників. Після арешту Гвінея затримала судно і екіпаж. При розгляді справи в МТМП Гвінея заперечувала проти прийнятності претензії Сент-Вінсента, зокрема на тій підставі, що потерпілі члени екіпажу не були громадянами Сент-Вінсента. Трибунал відкинув ці заперечення проти претензії та виніс рішення про те, що Гвінея порушила права Сент-Вінсента, заарештувавши та задержавши судно та його екіпаж. Трибунал розпорядився про виплату Гвінеєю компенсації Сент-Вінсенту за збиток судну «*Saiga*» і за шкоду, заподіяну його екіпажу. Хоча МТМП розглядав цей спір перш за все як спір, пов'язаний з прямим збитком Сент-Вінсенту, аргументи Трибуналу наводять на думку про те, що він розглядав це питання і як справу, відносно захисту екіпажу, в чомусь схожою з дипломатичним захистом, але водночас відмінною від нього. Гвінея явно заперечувала проти прийнятності претензії стосовно екіпажу на тій підставі, що вона була претензією щодо дипломатичного захисту осіб, які не є громадянами Сент-Вінсента [228, с. 103]. Сент-Вінсент настільки ж ясно наполягав на тому, що він має право захищати членів екіпажу судна під її прапором, «незалежно від їх

громадянства». Відкинувши заперечення Гвінеї, МТМП заявив, що Конвенція ООН з морського права не проводить жодної різниці між громадянами та негромадянами держави прапора. Він підкреслив, що «судно, всі предмети на ньому і всі особи, які беруть участь або зацікавлені в його операціях, розглядаються як єдине ціле, пов'язане з державою прапора. Громадянство та національність цих осіб не мають значення» [228, с. 106]. Є переконливі політичні причини для того, щоб дозволити державі прапора домагатися відшкодування для екіпажу судна. Це було визнано МТМП у справі «*Saiga*», коли він звернув увагу на «нестійкий і багатонаціональний склад екіпажів судів» і заявив, що великі судна «можуть мати екіпаж, що складається з осіб різної національності. Якщо кожна особа, яка зазнає збитки, була б зобов'язана звертатися за захистом до держави, громадянином якої така особа є, виникли б труднощі» [228, с. 107]. При цьому не слід ігнорувати практичні міркування, пов'язані з пред'явленням претензій. Набагато простіше й ефективніше, щоб одна держава домагалася відшкодування від імені всіх членів екіпажу, ніж вимагати, щоб держави громадянства всіх членів екіпажу заявляли окремі претензії від імені своїх громадян.

На нашу думку, підтримка права держави прапора домагатися відшкодування для членів екіпажу судна є виправданою. Пояснити виникнення практики здійснення державою захисту моряків-іноземців у можна презумпцією того, що всі моряки на борту корабля є громадянами держави прапора, а також відсутністю в ряді випадків перевіреної та ґрунтовної документації щодо членів екіпажів кораблів. Визнання такої практики є набагато простішим і ефективним засобом захисту всіх членів екіпажу, ніж вимагати, щоб держави громадянства членів екіпажу заявляли окремі претензії від імені своїх громадян.

Проекти статей, підготовлені Комісією міжнародного права, виходять з того, що держава сама вирішує, в яких випадках здійснювати дипломатичний захист своїх громадян і юридичних осіб, а в яких – ні. Держава має право здійснювати дипломатичний захист навіть під час відсутності звернення до неї

постраждалих осіб з проханням про захист. Водночас вона може таке прохання проігнорувати, вважаючи, що здійснення дипломатичного захисту в цьому випадку не відповідало б її інтересам. Разом з тим в Проекти статей включено положення, назване «Рекомендована практика» (ст. 19). Згідно з ним держава має, зокрема, належним чином розглядати можливість здійснення дипломатичного захисту, особливо в разі заподіяння його громадянину або юридичній особі значної шкоди. Такий крок Комісії відбиває зміни у поглядах на дипломатичний захист [8, с. 15].

За загальним правилом дипломатичний захист має право здійснювати тільки держава громадянства фізичної особи або, якщо мова йде про юридичну особу, тільки держава її національності. Якщо держава спробує здійснити дипломатичний захист щодо фізичної особи, яка не має стійкого правового зв'язку з нею у вигляді громадянства, або стосовно юридичної особи – у вигляді національності цієї держави, то інша держава або відповідний суд матимуть всі підстави відмовити в пропонованих вимогах, не розглядаючи їх по суті. Комісія міжнародного права визнала, що з цього загального правила є винятки – прийняті нею проекти статей передбачають можливість здійснення дипломатичного захисту державою в певних випадках щодо осіб без громадянства та біженців, які законно та зазвичай проживають у цій державі.

Фізична особа, щодо якої держава здійснює дипломатичний захист, має бути громадянином цієї держави безперервно з дати заподіяння шкоди по дату офіційного пред'явлення вимоги в рамках дипломатичного захисту. Аналогічною має бути й національність юридичної особи, щодо якої здійснюється дипломатичний захист. У тих випадках, коли особа є громадянином двох або більше держав, дипломатичний захист щодо неї може здійснювати будь-яка держава громадянства, причому захист може здійснюватися цими державами спільно.

Якщо держава хоче захистити фізичних осіб, які не є її громадянами та знаходяться під юрисдикцією іноземної держави, то вона не може використовувати механізм дипломатичного захисту. У цих випадках потрібно

звертатися до інших процедур, які передбачені, зокрема, міжнародним правом в області захисту прав людини.

Наявність громадянства є умовою для отримання особою захисту з боку держави громадянства. В міжнародних документах використовуються різні способи для позначення та визначення громадянської (національної) належності особи. Саме цей зв'язок надає можливість здійснювати державі особисту юрисдикцію, що є основою реалізації дипломатичного захисту. Разом з тим в міжнародній судовій практиці висувуються додаткові умови до належності особи до певної держави у вигляді громадянства в цілях здійснення дипломатичного захисту. Більш того, в проєктах статей Комісії міжнародного права передбачається можливість захисту біпатридів і осіб з множинним громадянством (ст. 7), а також осіб без громадянства й біженців (ст. 8). Отже, можна стверджувати, що роль громадянства в контексті дипломатичного захисту переглядається. Разом з тим громадянство й надалі залишається генеральною передумовою надання дипломатичного захисту з боку держави громадянства.

3.3. Особливості дипломатичного захисту інтересів юридичних осіб

В праві дипломатичного захисту можна спостерігати поступове зміщення орієнтованості дипломатичного захисту з інтересів індивіда на корпорації, інвестиційні потоки, переміщення робочої сили, капіталу, товарів тощо.

Цікавим є підхід до питання про визначення громадянства юридичних осіб. Належність юридичної особи до певної держави іменується терміном «національність». Взагалі, цей термін є чисто доктринальним і не зустрічається ні в одному законі щодо юридичних осіб. Тобто це свого роду правова фікція, яка використовується для визначення правового зв'язку юридичної особи з державою.

Категорія «національності» юридичної особи було досить детально досліджена в науці міжнародного приватного права. Так, Л. П. Ануфрієва

зазначає, що поняття «національність» стосовно до юридичних осіб використовується лише з метою зручності, в юридичному розумінні як належна при характеристиці юридичних осіб не розглядається [4, с. 40]. Ю. М. Юмашев вважає, що питання «національності» компанії – це питання її юридичного статусу [100, с. 16]. М. М. Богуславський вказує, що особистий статут юридичної особи визначається з її національності [10, с. 125]. Алжирський автор М. Іссад виділяє два види національності: приватноправову, що позначає юридичний зв'язок, і публічно-правову, що визначає зв'язок політичний [35]. Критикуючи використання терміну «національність» в міжнародному приватному праві, А. В. Асосков пише про «національну приналежність організації», яка визначає межі дії публічно-правових норм держави та укладених ним міжнародних договорів [6].

Аналіз міжнародних договорів свідчить про те, що в міжнародному праві робляться спроби об'єднати поняття «громадянин» – фізична особа і «юридична особа» для визначення «стійкості» їх правового зв'язку з державою єдиним терміном. Так, в наведеній вище Конвенції між Урядом України та Урядом Грецької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та запобігання податкових ухилень стосовно податків на доходи та на майно 2000 року використано термін «національна особа».

Стосовно юридичних осіб на практиці мова зазвичай йде про захист тих з них, які займаються економічною діяльністю, спрямованою на одержання прибутку. Для позначення таких осіб в Проектах статей про дипломатичний захистий використовується термін «корпорації». Зазвичай капітал подібних юридичних осіб представлений акціями. Відповідно виникає питання про дипломатичний захист як власне корпорації, так і її акціонерів.

Питання про дипломатичний захист юридичних осіб та власників акцій розглядалося в багатьох судових рішеннях. Однак провідним рішенням, обговорюваних під час дискусії на цю тему, було рішення у Справі про компанію «Барселона трекшн» [201], винесене Міжнародним Судом в 1970 році.

«Барселона трекшн, лайт енд пауер лімітед» була компанією, інкорпорованою в 1911 році в Торонто, Канада, де знаходилося її головне відділення, яка здійснювала свою діяльність в Іспанії. Після закінчення Першої світової війни більшістю акцій компанії «Барселона трекшн» володіли бельгійські фізичні та юридичні особи (88 відсотків акцій). Внаслідок деяких заходів, вжитих іспанською владою, компанія стала нерентабельною, у зв'язку з чим Бельгія, держава громадянства більшості акціонерів, а не Канада, держава національності корпорації, порушила позов проти Іспанії з вимогою про надання відшкодування.

Іспанія висунула чотири попередніх заперечення проти бельгійського позову, одне з яких стосувалося права Бельгії на здійснення дипломатичного захисту від імені її акціонерів компанії, інкорпорованої в Канаді.

Суд з самого початку підкреслив, що рішення стосується тільки питання про дипломатичний захист власників акцій «компанії з обмеженою відповідальністю, капітал якої представлений акціями». На думку Суду, слід проводити чіткі відмінності між компанією і власниками акцій. Коли інтереси власників акцій страждають від збитку компанії, власник акції повинен пред'являти позов до компанії, оскільки, «хоча два окремих утворення можуть постраждати від одного й того ж протиправного діяння, існує тільки одне утворення, права якого були порушені». Тільки в тому випадку, коли діяння, що стало предметом скарги, спрямоване на безпосередні права власників акцій, акціонер має самостійне право на позов.

Дійшовши такого висновку, Суд відмовився слідувати як судовими рішеннями, в яких йшлося про кваліфікацію ворожих компаній в період війни, так і практиці держав щодо угод про паушальних виплати, які передбачають можливу наявність норми на користь зняття корпоративної завіси, з тим щоб дозволити державі / державам громадянства власників акцій здійснювати дипломатичний захист в їх інтересах. Хоча Суд визнав, що двосторонні або багатосторонні інвестиційні договори можуть передбачати прямий захист власників акцій і що існує ряд загальних арбітражних прецедентів, які

впливають із тлумачення таких договорів і можуть підтримувати позови власників акцій, це не є доказом існування норми звичаєвого міжнародного права, згідно з якою держава / держави громадянської належності власників акцій має / мають право на здійснення дипломатичного захисту від їх імені. Вся така практика і договори були відхилені як *lex specialis*.

Суд визнав, що держава громадянства власників акцій може здійснювати дипломатичний захист від їх імені у двох наступних ситуаціях: по-перше, коли компанія припинила існування в місці інкорпорації, що не мало місця у випадку з компанією «Барселона трекшн»; по-друге, коли сама держава інкорпорації несе відповідальність за заподіяння шкоди компанії та єдиним засобом захисту іноземних власників акцій на міжнародному рівні було доступно через їх держава / держави громадянства, що не мало місця у випадку з компанією «Барселона трекшн».

Ідеї про те, що захист власників акцій може бути дозволений з міркувань справедливості, були відхилені Судом з урахуванням обставин розгляду їм справи. Суд також відмовився визнати наявність вторинного права на дипломатичний захист, яким володіють держава / держави громадянської належності власників акцій, коли, як в цій справі, держава інкорпорації відмовилася здійснювати дипломатичний захист від імені компанії.

Був відхилений аргумент про те, що рішення Міжнародного Суду у справі Ноттебома [191], що містить вимогу про наявність справжнього зв'язку між потерпілою особою і державою громадянства, яка намагається її захистити, може застосовуватися щодо корпорацій, що означало б, що Бельгія, з якою компанія «Барселона трекшн» мала справжній зв'язок в силу того, що її громадяни володіли 88 відсотками акцій компанії, була державою, яка мала здійснювати дипломатичний захист. Однак Суд не відмовився застосовувати критерії справжнього зв'язку щодо корпорацій, оскільки він ухвалив, що в цій справі мав місце «тісний і постійний» зв'язок між компанією «Барселона трекшн» і Канадою, оскільки вона там мала своє зареєстроване відділення і протягом багатьох років проводила наради свого правління [201].

Основним правилом тут є те, що корпорація повинна захищатися державою національності корпорації, а не державою громадянства або національності її акціонерів. Це правило було підкреслено Міжнародним Судом у рішенні у справі *Barselona Traction*. Зокрема, суддя Міжнародного Суду ООН Ф. Джессеп у своїй особливій думці у справі *Barcelona Traction*, вказував: «Поза всяких сумнівів, згідно з міжнародним правом держава взагалі має право поширювати свій дипломатичний захист на корпорацію, що має її національність чи національну приналежність» [220].

Створюючи такий прецедент у міжнародному праві, Суд керувався наступним:

- коли власники акцій вкладають кошти в корпорацію, яка здійснює підприємницьку діяльність за кордоном, вони беруть на себе ризик того, що держава національності корпорації може відмовитися від здійснення дипломатичного захисту від їх імені;

- якщо держава громадянства або національності власників акцій буде здійснювати дипломатичний захист, це може привести до того, що позови будуть пред'являтися різними державами, оскільки акціонери великих корпорацій можуть бути з різних держав;

- до дипломатичного захисту корпорацій і власників акцій не застосовуються по аналогії норми, що стосуються подвійного громадянства [8, с. 58-59].

Хоча позов уряду Бельгії був відхилений 15 голосами проти 1, багато суддів висловили незгоду з аргументацією в рішенні по справі «Барселона трекшн». Про це свідчить факт, що 8 з 16 суддів доклали до рішення окремі думки та 5 з них підтримали право держави громадянства власників акцій на здійснення дипломатичного захисту.

Суддя Танака прийшов до висновку про те, що «звичаєве міжнародне право не забороняє захищати власників акцій державою їх громадянства, навіть якщо держава національності компанії має право на захист щодо останньої» [8, с. 134]. Він додав наступне: «Це правда, що норма

міжнародного права, яка допускає два види дипломатичного захисту, відповідно компанії та її акціонерів, відсутня, проте водночас відсутня і норма міжнародного права, яка забороняє подвійний захист» [8, с. 131].

Хоча судді Фіцморіс, Джессап і Грос Не пішли так далеко, як суддя Танака, вони явно не погодилися з основним підходом і аргументацією прийнятого більшістю рішення і заявили, що при певних обставинах, особливо коли держава державної приналежності корпорації є державою-правопорушником, Держава громадянства власників акцій має право здійснювати дипломатичний захист. Крім того, суддя Грос звинуватив Суд в тому, що він ігнорував реальності, пов'язані із сучасною інвестиційною діяльністю: «База норми економічного міжнародного права повинна відповідати економічним реаліям. Простий зв'язок у вигляді громадянства компанії може не свідчити про будь-який істотно важливий економічний зв'язок. Між двома критеріями суддя повинен вибирати критерій, в якому збігаються право й факти: держава, економіка якої фактично відчуває на собі негативні наслідки, має право приймати юридичні заходи» [8, с. 279].

У рішенні у справі про компанії «Барселона трекшн» Суд визнав, що держава громадянства власників акцій може надавати дипломатичний захист в наступних трьох ситуаціях: по-перше, в разі порушення прямих прав власників акцій; по-друге, коли компанія припиняє існування; по-третє, коли держава державної приналежності корпорації є державою-правопорушником. Жодне з цих винятків з норми на користь дипломатичного захисту державою інкорпорації компанії не було належним чином вивчено [184, с. 265-272].

Держава має право здійснювати дипломатичний захист у зв'язку з заподіянням шкоди корпорації, що має національність цієї держави.

У статті 17 (1) Проєктів статей про дипломатичний захист підтверджується принцип, сформульований в справі «Барселона трекшн». Вона сліди статті 3 (1) проєкту статей, прийнятих Комісією в першому читанні, де закріплено, що «державою, яка має право здійснювати дипломатичний захист, є держава громадянства».

У статті 2 проєкту статей закріплюється «право» держави здійснювати дипломатичний захист як фізичних, так і юридичних осіб, проте вона не повинна робити це.

Державі інкорпорації компанії належить право вирішувати, чи буде вона здійснювати дипломатичний захист від імені компанії. За відсутності реального зв'язку між державою і компанією, що має її національність, наприклад, коли компанія була інкорпорована в цій державі з метою отримання податкових пільг, національна держава навряд чи стане здійснювати дипломатичний захист від її імені. В цьому плані зв'язок між державою і корпорацією нагадує зв'язок між державою і судном, що плаває під її зручним прапором. Держава швидше стане здійснювати дипломатичний захист тоді, коли між нею і компанією буде реальний зв'язок, наприклад, коли більшість акціонерів компанії є громадянами цієї держави. Держава може навіть заздалегідь оголосити, що вона буде здійснювати дипломатичний захист тільки в обставинах такого роду¹². Додаткова вимога такого роду виконує функцію керівної вказівки для держави при здійсненні нею свого дискреційного повноваження, і з міжнародним правом вона ніяк не пов'язане. Міжнародне право, відбите в справі «Барселона трекшн», надає державі право здійснювати дипломатичний захист від імені компанії, інкорпорованої відповідно до її законів, проте не змушує її робити це.

Дискреційне право на здійснення дипломатичного захисту, що ніяк не залежить від норм міжнародного права, в плані безпеки мало що дає акціонерам, які інвестують в компанію, розраховуючи на те, що їх інвестиції будуть захищені державою громадянства, коли компанія веде справи за

¹² Уряд Великобританії видав правила щодо міжнародних позовів, де говориться, що уряд Її Величності може підтримати позов компанії, інкорпорованої в Сполученому Королівстві (правило IV). Однак в коментарі до цього правила передбачається наступне: «При визначенні того, чи слід здійснювати право на захист, уряд Її Величності може вивчити питання про те, чи дійсно компанія має справжній і суттєвий зв'язок зі Сполученим Королівством». У своїх виступах в Шостому комітеті на тему дипломатичного захисту в 2002 році Сполучені Штати також заявили про те, що «вони враховують громадянство акціонерів при вирішенні питання про те, чи здійснювати своє дискреційне повноваження на надання дипломатичного захисту будь-якої корпорації». Див.: A/C6/57/SR.23, пункт 52.

кордоном. З цієї причини вкладники вважатимуть за краще безпеку двосторонніх інвестиційних договорів та сприятимуть тому, щоб держава національності корпорації укладала такі угоди з країнами, в яких є як високий прибуток, так і високі ризики. Певну підтримку цієї точки зору можна виявити в рішенні Міжнародного Суду, де говориться наступне: «Так, в сучасному праві захист акціонерів вимагає звернення до положень договорів або спеціальних угод, безпосередньо укладених між приватним вкладником і державою, в якій розміщені інвестиції. Держави все частіше надають такий захист як в рамках двосторонніх, так і багатосторонніх відносин, за допомогою спеціальних документів або в рамках більш широких економічних механізмів. Захист іноземних інвестицій, будь то на основі багатосторонніх або двосторонніх договорів між державами або ж угод між державами та компаніями, з часів Другої світової війни дійсно отримала значний розвиток. Ці документи містять положення, що стосуються юрисдикції та процедури в разі спорів щодо поводження з компаніями, що здійснюють інвестиції, з боку держав, в яких вони розміщують капітал. Іноді компанії безпосередньо наділяються правом забезпечувати захист своїх інтересів проти держав в установленому порядку» [164].

Для цілей дипломатичного захисту державою національності корпорації є держава, в якій корпорація інкорпорована [і на території якої вона має зареєстровану контору] (п. 2 ст. 17 Проекту статей).

Це положення вторить *dictum* рішення Міжнародного Суду у справі «Барселона трекшн»: «Традиційна норма наділяє правом на дипломатичний захист корпоративного суб'єкта державу, за законами якої він був інкорпорований і на території якої він має зареєстровану контору» [117, para 70].

Як бачимо, встановлено дві умови для придбання корпорацією національності для цілей дипломатичного захисту: інкорпорація і наявність зареєстрованої контори компанії в державі інкорпорації. На практиці закони більшості держав вимагають того, щоб інкорпорована відповідно до їхніх

законів компанія мала на їх території зареєстровану контору. У зв'язку з цим встановлення додаткової вимоги щодо наявності зареєстрованої контори видається надмірною. Проте Міжнародний Суд чітко вказав, що обидві ці умови повинні бути виконані, заявивши наступне: «Ці два критерії були підтверджені тривалою практикою і численними міжнародними документами» [164]. Мабуть, встановлюючи вимогу щодо наявності зареєстрованої контори, Міжнародний Суд хотів визнати необхідність в наявності відчутного зв'язку, нехай навіть незначного, між державою і компанією. Як підтвердження він зробив акцент на тій обставині, що зареєстрована контора підприємства «Барселона трекшн» перебувала в Канаді та що поряд з іншими факторами ця обставина створила «тісний і постійний зв'язок» між Канадою і підприємством «Барселона трекшн» [164, пара 71]. На практиці ж наполягання Суду на виконанні вимоги про наявність зареєстрованої контори видається недоречним. Наявність зареєстрованої контори в державі інкорпорації є наслідком інкорпорації, а не незалежним доказом зв'язку з цією державою. Дійсно, коли будь-яка компанія реєструється в державі суто для отримання податкових пільг, що нерідко й відбувається, зареєстрована контора буде втілювати в собі всього лише поштову адресу.

Національність юридичних осіб зазвичай визначається внутрішнім правом. Однак стосовно дипломатичного захисту обставини, при яких він здійснюється, визначаються міжнародним правом. Зокрема, для того, щоб визначити державу, яка має право здійснювати дипломатичний захист корпорації, необхідно встановити, як визначається її національність. В той же час, у різних правових системах національність юридичних осіб визначається по-різному. Тому Комісія міжнародного права, працюючи над Проектами статей про дипломатичний захист, вирішила виробити для цих цілей правило визначення держави національності корпорації.

Стаття 9 Проектів статей про дипломатичний захист зазначає: «Для цілей дипломатичного захисту корпорації держава національності означає

державу, за правом якої ця корпорація була заснована. Однак коли ця корпорація контролюється особами, що мають громадянство або національність іншої держави або інших держав, і не здійснює значної комерційної діяльності в державі, в якій вона була заснована, і якщо місце розташування правління та органів фінансового контролю цієї корпорації знаходиться в іншій державі, то державою національності вважається ця остання держава» [144].

Встановлюючи як загальний принцип, що державою національності корпорації є держава, в якій вона інкорпорована, Комісія слідувала правилу, прийнятому в багатьох державах. Була врахована і позиція Міжнародного Суду в Справі *Barcelona Traction*. Суд, зокрема, зазначив, що міжнародне право «наділяє правом на дипломатичний захист корпоративного суб'єкта державу, за законами якої він був інкорпорований і на території якої він має зареєстрований офіс». Водночас Суд висловив думку, що крім заснування та зареєстрованого офісу необхідний постійний і тісний зв'язок між державою, що здійснює дипломатичний захист, і корпорацією [8, с. 42].

Комісія врахувала і цю думку Суду, а також те, що в деяких державах національність юридичних осіб визначається за іншими ознаками, ніж місце інкорпорації. Тому вона передбачила, що в тих випадках, коли між державою і корпорацією немає зв'язку, крім заснування, і коли, навпаки, існує реальний зв'язок з іншою державою, така інша держава вважається державою національності корпорації для цілей дипломатичного захисту.

Хоча за загальним правилом дипломатичний захист здійснюється за участю корпорації, а не її акціонерів, можливі випадки, коли цей інститут може застосовуватися і для відстоювання їх прав. Практика держав і судові рішення показують, що право на дипломатичний захист акціонерів у зв'язку з заподіянням шкоди корпорації виникає в наступних випадках. По-перше, коли корпорація припинила своє існування не через те, що їй було завдано шкоди. По-друге, коли корпорація на дату заподіяння шкоди мала національність тієї держави, яка несе відповідальність за заподіяння цієї шкоди, через те, що

створення корпорації в цій державі було умовою здійснення в ній економічної діяльності. По-третє, коли шкода завдається безпосередньо правам акціонерів, на відміну від прав самої корпорації, тобто відбувається т. зв. пряме порушення їх прав. Природно, право дипломатичного захисту щодо акціонерів має тільки держава їх громадянства, якщо акціонерами є фізичні особи, і держава національності акціонерів, якщо такими є юридичні особи [37, с. 108-125].

Статті 17 і 18 не завдають шкоди праву держави громадянства акціонерів корпорації на захист таких акціонерів, якщо вони прямо постраждали від міжнародно-протиправного діяння іншої держави.

Стаття 19 виключає застереження, призначене для захисту акціонерів, безпосередні права яких – на відміну від прав компанії – були порушені. Те, що такі акціонери можуть по праву претендувати на дипломатичний захист, було визнано Судом у рішенні у справі про компанії «Барселона трекшн», де йшлося про те, що: «... діяння, що спрямоване проти тільки прав компанії та посягає тільки на них, не створює відповідальність щодо акціонерів, навіть якщо порушені їхні інтереси. ... Насправді все по-іншому, якщо діяння, що є предметом скарги, направлено безпосередньо на права акціонерів як таких. Добре відомо, що існують права, якими внутрішньодержавне право наділяє останніх і які відрізняються від прав компанії, включаючи право на отримання дивідендів, право відвідувати загальні збори та голосувати за них, право на частку в залишкових активах компанії в період ліквідації. Всякий раз, коли його прямі права порушуються, акціонер має самостійне право на подачу позову. З цього питання розбіжності між сторонами відсутні. Однак необхідно провести відмінність між прямим зазіханням на права акціонера і труднощами або фінансовими втратами, яких вона може зазнати через положення, в якому опинилася компанія» [164].

За будь-яких обставин видається доречним вимагати, щоб держава, яка здійснює дипломатичний захист від імені корпорації, доводила, що корпорація мала її національність згідно з її законодавством як на момент заподіяння

шкоди, так і в день офіційного пред'явлення вимоги. Однак це залишає відкритим наступне питання: якщо корпорація припиняє існування в місці своєї інкорпорації в результаті шкоди, заподіяної міжнародно-протиправним діянням іншої держави, чи має вимога проти держави-правопорушника пред'являтися державою громадянства акціонерів або ж вона має бути подана державою національності корпорації, що припинила існування? Якщо це питання поставити в контексті рішення у справі про компанії «Барселона трекшн», то воно буде звучати так: якщо компанія «Барселона трекшн» припинила своє існування в Канаді в результаті шкоди, заподіяної компанією Іспанією, чи перейде право пред'являти претензію повністю до Бельгії як держави громадянства акціонерів? Або ж Канада збереже за собою право пред'являти претензію від імені її корпорації, що припинила існування? Чи буде вона мати це право в поодиночці? Або ж разом з Бельгією?

Суддя Грос стверджував, що єдиним способом для виходу з цього становища є дозвіл як державі інкорпорації, так і державі громадянства акціонерів здійснювати право на дипломатичний захист: «Відбита в рішенні думка, що допускає можливість пред'явлення державою позову від імені акціонерів у разі припинення існування компанії, позбавлене логіки, оскільки в цьому випадку, якщо держава національності порушила позов, провадження по ньому не може бути припинено через зникнення компанії. Навіть якщо такий позов був поданий після припинення існування компанії, складно зрозуміти, чому держава компанії не повинна мати права висувати позов в разі неправомірного діяння, яке стало головною причиною припинення існування. Якщо тоді, в такому випадку, обидві держави можуть пред'являти позови, чи не означає це, що загальна норма, що надає право на позов державі компанії, не є винятковою нормою?» [164, с. 270].

Суддя *ad hoc* Ріфаген прийшов до висновку, що рішення Суду, згідно з яким право акціонерів висувати претензії виникає лише після припинення існування компанії, є нереалістичним і незадовільним. Він заявив наступне: «На рівні внутрішньодержавного права не той факт, що компанія ліквідується,

створює право кожного акціонера на позов, тобто право вимагати частину власності компанії: лише по завершенні ліквідації будь-якої залишок може розподілятися серед акціонерів. Крім того, ліквідації завжди передують заходи, прийняті державою, що несе відповідальність на міжнародному рівні, з тим щоб ці заходи не могли порушити права акціонерів на рівні внутрішньодержавного приватного права. У рішенні наголошується (пункт 66), що «тільки в разі юридичного припинення існування компанії акціонери позбавляються можливості використовувати засоби правового захисту, доступні їм за посередництвом компанії» [164].

Була висловлена ідея про те, що розв'язання цієї проблеми криється не в технічній, логічній нормі, яка спрямована на встановлення точного моменту припинення існування корпорації, в який право держави національності компанії на здійснення дипломатичного захисту поступається місцем праву держави громадянства акціонерів. Замість цього слід прагнути до розробки справедливої норми, яка враховує зазвичай тривалий період між моментом заподіяння шкоди та датою подання претензії, а також труднощі визначення точного моменту, коли права компанії замінюються правами акціонерів. Крім того, така норма не повинна завдавати шкоди інтересам ні компанії, ні власників акцій.

Обов'язковим наслідком цієї пропозиції буде існування невизначеності щодо часу, коли як держава національності компанії, так і держава громадянства акціонерів можуть пред'являти дипломатичні претензії. В теорії подвійність претензій не є чимось поганим. Дипломатичний захист громадян, які мають подвійне громадянство, і міжнародних цивільних службовців як організаціями, так і державами свідчить про те, що таке рішення не розходиться з чинними нормами [206, с. 193]. Воно також, швидше за все, не спричинить ніяких проблем на практиці. Обидві держави будуть, швидше за все, поводитися з обережністю, підтримуючи претензії своїх громадян, коли існує невизначеність щодо часу. Крім того, як зазначив суддя Джессап в рішенні по справі компанії «Барселона трекшн»: «У разі двох різних, але

одночасних обґрунтованих дипломатичних демаршів з приводу одного й того ж протиправного діяння відповідач може усунути одного позивача, довівши, що з іншим позивачем відповідне питання було повністю врегульовано» [117].

Стаття 20 (включаючи застереження) стосується норми про безперервність щодо корпорацій. Стаття 4 справжніх проєктів статей стосується норми про безперервність щодо фізичних осіб. Остання норма буде охоплювати акціонерів, коли вони є фізичними особами на відміну від юридичних осіб. Тому представляється непотрібним складати проєкт окремої статті про безперервність для акціонерів. Коли держава громадянства акціонерів намагається виступити від імені своїх громадян за обставин, зазначених у статтях 18 (b) і 19, і – в більшості випадків – в обставинах, зазначених в статті 18 (a) (з урахуванням невизначеності, про яку йде мова в пункті 85), воно повинно буде дотримуватися вимог норми про безперервність, що міститься в статті 4.

Наразі дипломатичний захист сприймається як один з нормальних дієвих механізмів захисту прав людини та юридичних осіб. Проте, цей інститут недостатньо врегульований нормами міжнародного права, кодифікація їх знаходиться лише на проєктній стадії вже декілька років. Зазначені норми сформувалися на основі багаторічної практики держав, отримали відбиття в цілому ряді судових рішень і міжнародно-правовій доктрині.

Укладаючи Проєкт статей про дипломатичний захист, щодо юридичних осіб Комісія міжнародного права зосередила свою увагу на корпораціях, оскільки саме ця тема має найбільшу практичну важливість. Однак, на думку більшості членів Комісії, основні положення, що стосуються корпорацій, застосовуються у відповідних випадках і до дипломатичного захисту інших юридичних осіб. Разом з тим слід мати на увазі, що інформація про практику дипломатичного захисту щодо юридичних осіб, які не здійснюють економічної діяльності, надзвичайно мала.

3.4. Засоби та заходи здійснення дипломатичного захисту

Відповідно до міжнародного права дипломатичний захист повинен здійснюватися законними та мирними засобами. При здійсненні дипломатичного захисту держави можуть вдаватися як до дипломатичних заходів, так і до судового розгляду. Дипломатичні заходи охоплюють всі законні процедури, які використовуються однією державою для інформування іншої держави про свої думки та стурбованості, включаючи протест, прохання про проведення розслідування і переговори, спрямовані на врегулювання спорів.

Юристи часто використовують термін «дипломатичний захист» стосовно до консульських дій, переговорів, посередництва, судових і арбітражних розглядів, реторсій, розриву дипломатичних відносин, економічного тиску і навіть застосування сили [120, с. 439; 153, с. 1061-1063; 237, с. 645]. У 1932 році щодо терміна «дипломатичні дії» було зазначено, що «він охоплює, як правило, всі випадки офіційного представництва одним урядом своїх громадян або їх майнових інтересів у межах юрисдикції іншої держави з метою запобігання загрози заподіяння шкоди в порушення міжнародного права або отримання відшкодування за таку шкоду ... У разі дипломатичного захисту держава іноземця, права якого були порушені, закликає увагу держави-правопорушника до факту скарги та просить вжити відповідних заходів для задоволення скарги ... Тут термін «дипломатичний захист» використовується як загальне поняття, що охоплює загальний предмет захисту громадян за кордоном, в тому числі ті випадки, коли використовуються інші, ніж дипломатичні, засоби примусу до виконання зобов'язань...» [147, с. 18].

З іншого боку, один з доповідачів Комісії міжнародного права ООН по дипломатичного захисту, визнаючи широке коло заходів, відкритих для держави при здійсненні права на дипломатичний захист, заявив, що: «Держава зберігає в принципі право вибору засобів для захисту своїх громадян при дотриманні своїх міжнародних зобов'язань і превентивних норм

міжнародного права. Зокрема, вона не може вдаватися до загрози або застосування сили при здійсненні дипломатичного захисту» [118, с. 15].

В даному визначенні застосування сили виключається.

Ш. Содіков, визначаючи поняття дипломатичного захисту, пов'язує його із мирними засобами вирішення спорів: «дипломатичний захист має носити виключно мирний характер і відповідати принципам і нормам міжнародного права, в тому числі нормам, що стосуються мирних засобів вирішення міжнародних спорів (ст. 33 Статуту ООН)» [88, с. 21].

Обмеження засобів дії, доступних для держави, що здійснює дипломатичний захист, регулюються загальними нормами міжнародного права, зокрема тими, які стосуються контрзаходів, позначених Комісією міжнародного права ООН в статтях про відповідальність держави (ст. 47-50). Застосування сили як крайня міра захисту громадян в минулому часто вважалося частиною поняття дипломатичного захисту. Це вимагає деякого пояснення.

Історія, включаючи нещодавнє минуле [189, с. 494, 545], рясніє прикладами випадків, коли під приводом захисту громадян виправдовувалася озброєна інтервенція. Так, застереження аргентинського юриста Кальво було спрямовано на обмеження права на дипломатичний захист у зв'язку зі збройними інтервенціями в Латинській Америці. Сформульована в 1903 році доктрина Драго, яка оголошувала поза законом збройну інтервенцію з метою стягнення заборгованості за контрактом перед іноземними громадянами, стала відповіддю на дії, вжиті Італією, Німеччиною і Великобританією проти Венесуели в 1902 році після невиплати з її боку заборгованості за контрактами перед громадянами цих держав. Це призвело до прийняття Конвенції про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов'язань [29]¹³ (II Конвенція 1907 року [41]), яка в статті 1 вимагала від держав «не вдаватися до збройної сили для витребування договірних боргів,

¹³ Конвенція Драго – Портера за прізвищами авторів – представників Аргентини та США. Див.: Драго доктрина // Юридична енциклопедія: [у 6 т.] / Ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. Ред.) [та ін.] - К.: Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998. - Т. 2: Д - Й. - 744 с.

що стягуються урядом однієї країни з уряду іншої країни, як належних її підданим». Те, що ця заборона на застосування сили не є абсолютною, чітко впливає з частини другої цієї статті: «ця постанова не може мати застосування, коли держава-боржник відкидає або залишає без відповіді пропозицію про третейський розгляд або, в разі прийняття такого, робить неможливим встановлення третейського запису або, після третейського розгляду, ухиляється від виконання постановленого рішення» [38]. Це положення в поєднанні із заборonoю застосування сили, встановленою у статті 2 (4) Статуту ООН, дало підставу багатьом авторам надалі стверджувати, що застосування сили як засіб дипломатичного захисту заборонено.

Стаття 2 (4) Статуту ООН містить заборону на застосування сили. Отже, застосування сили для відшкодування заборгованості за контрактом заборонено статтею 2 (4) і статтею 51 Статуту ООН. Крім цього, широко обговорюється питання про ступінь заборони застосування сили, будь то в порядку самооборони або навпаки. Загрозу або застосування сили як примусу з метою захисту громадян важко виправдати. Єдине можливе обґрунтування їх – це характеристика їх як самооборони. Немає ніяких підстав вважати, що захист громадян може бути віднесений до категорії гуманітарної інтервенції [213, с. 57].

Право на самооборону в міжнародному праві було сформульовано задовго до 1945 року. Воно вимагало вжиття заходів з метою самооборони як негайної та необхідної відповіді на ситуацію, яка загрожує безпеці держави та її життєвим інтересам. Більш того, відповідь має бути в межах пропорційності. Обсяг права був широким і включав як превентивну самооборону, так і втручання з метою захисту громадян [121, с. 96]. Відповідно до одного з тлумачень статей 2 (4) і 51 Статуту, право самооборони все ще існує в найширшому його обсязі [109, с. 419]. Деякі автори [123, с. 272] стверджують, що стаття 51 містить повне і виняткове формулювання права на самооборону, яке обмежує її випадками прямого збройного нападу на державу; інші ж автори

вважають, що фраза «невід’ємне право» в статті 51 зберігає звичаєве право, яке існувало до Статуту» [121, с. 87; 235, с. 496]. У Справі Нікарагуа Міжнародний Суд ООН підтримав останню думку, вважаючи, що «стаття 51 Статуту має сенс тільки на тій підставі, що існує «природне» або «природжене», «невід’ємне» право на самооборону, і важко уявити, щоб воно було іншого, ніж звичайний, характеру, навіть якщо його нинішній зміст було підтверджено й зазнало впливу Статуту». Міжнародний Суд ООН підтвердив цей підхід в Консультативному висновку про законність застосування ядерної зброї, заявивши, що деякі з обмежень на самооборону «притаманні самій концепції самооборони», в той час як інші вказані в статті 51. Крім того, Суд вказав: «здійснення права на самооборону в умовах необхідності та пропорційності є нормою звичаєвого міжнародного права» [164].

Можна зробити висновок, що в цілому звичаєве право на самооборону збереглося (або згідно зі статтею 2 (4), або згідно зі статтею 51). У зв’язку з цим важко стверджувати, що заборона Статуту на застосування сили поширюється на захист громадян за кордоном. Таке твердження ускладнюється практикою держав з 1945 року на підтримку військової інтервенції для захисту громадян за кордоном в надзвичайних ситуаціях [194, с. 440-442] і у зв’язку з нездатністю судів і політичних органів Організації Об’єднаних Націй засудити такі дії [134, с. 485]. Однак існує переважна думка про те, що право на застосування сили з метою захисту громадян в минулому часто ставало предметом зловживання, і що це право схильне зловживанню [107, с. 216; 120, с. 331, с. 447; 155, с. 863; 181, с. 14-15]. Отже, це право має бути обмежено з тим, що воно не може бути використано лише для захисту власності громадян держави за кордоном [194, с. 441; 221, с. 793] і що воно може бути використано тільки в надзвичайних ситуаціях, коли цього вимагає рятування іноземних громадян. Прикладом такої операції з порятунку може слугувати Операція ізраїльських спецпризначенців «Ентеббе» в 1976 році в аеропорту Ентеббе в Уганді. Цей підхід, напевно, більш точно відбиває практику держав, ніж абсолютна заборона на застосування сили (що

неможливо узгодити з реальною практикою держави) або широке право інтервенції (що викликає протести потерпілої та третіх держав у зв'язку з таким втручанням).

Однак застосування сили для захисту громадян, як правило, усуває майбутню шкоду або збиток і, звичайно ж, не фокусується на відшкодування вже завданого збитку. Застосування сили не вважається припустимою формою примусу для отримання відшкодування шкоди іноземцям. З іншого боку, дипломатичний захист спрямований на забезпечення відшкодування за допомогою коригувальних і мирних дій. Отже, хоча застосування сили для захисту громадян від шкоди може бути дозволено в певних обставинах міжнародним правом, воно не повинно розглядатися строго як здійснення дипломатичного захисту.

Слід відзначити, що Комісія міжнародного права ООН відбила ці міркування про використання сили для захисту громадян у своєму проєкті, правильно обмеживши використання терміну «дипломатичний захист» мирними засобами врегулювання при здійсненні захисту громадян. Застосування сили для захисту громадян, коли воно є законним, не повинно бути описано як «дипломатичний» захист.

Дипломатичний захист повинен здійснюватися мирними засобами, повний перелік яких не визначений. Держава є вільною у виборі заходів і засобів захисту своїх громадян за кордоном, однак, в межах законодавства і домовленостей з державою перебування.

А. А. Ковальов і А. В. Тезікова підтримують принцип вільного вибору засобів дипломатичного захисту. У статті 1 проєкту КМП дається визначення дипломатичного захисту, що охоплює «дипломатичні заходи чи інші засоби мирного врегулювання ...». При цьому вказується на те, що «дипломатичні заходи» – це всі законні процедури, які використовуються однією державою для інформування іншої держави про свою думку і заклопотаності, тоді як «інші засоби мирного врегулювання» – це переговори, посередництво, примирення, судовий розгляд. Як бачимо, Комісія міжнародного права

проводить розмежування між «дипломатичними заходами» і «судовим розглядом». Однак А. А. Ковальов і А. В. Тезікова поділяють позицію Дж. Дугард і говорять про відсутність необхідності розрізняти «дипломатичні заходи» та «арбітраж / судове регулювання», адже самим поняттям «дипломатичний захист» охоплюється весь комплекс заходів, зокрема, консульські заходи, переговори, посередництво, судове та арбітражне провадження, репресалії, реторсії. Дипломатичний захист – це родове поняття [36, с. 70].

На думку О. А. Альонкіна, дипломатичний захист включає: 1) безпосередні заходи захисту своїх громадян в іншій державі; 2) отримання інформації від компетентних органів держави перебування про їх дії щодо громадян держави, що запитує; 3) вимоги припинити неправомірне переслідування своїх громадян, а також компенсувати їм моральний і матеріальний збиток; 4) надання своїм громадянам необхідної правової допомоги [1].

О. В. Попкова наводить наступну систему засобів дипломатичного захисту, об'єднуючи їх на 4 групи.

В першу групу включаються дії дипломатичних представництв і консульських установ (дипломатичне і консульське сприяння врегулюванню проблеми, «які передують пред'явленню офіційної міжнародної претензії»).

У другу – дипломатичні процедури: пред'явлення міжнародної претензії, переговори, посередництво, примирення тощо.

До третьої та четвертої групи заходів відносяться примусові дії (контрзаходи): реторсії, репресалії та звернення в міжнародні судові органи, включаючи арбітраж, відповідно [76].

І. А. Ведель, навпроти, проводить різницю між дипломатичними заходами та судовим захистом і наводить як приклад рішення Постійної палати міжнародного правосуддя, «де проводиться відмінність між дипломатичними заходами та судовим розглядом» [14, с. 86].

Можна говорити про те, що повного переліку заходів і засобів дипломатичного захисту не існує. Держави та їх дипломатичні представництва не мають обмежень у виборі засобів захисту своїх громадян. На наш погляд, засоби дипломатичного захисту можна розділити на дві групи: звернення держави до судових органів з позовами про захист прав своїх громадян та інші заходи дипломатичного захисту.

Перелік заходів дипломатичного захисту не закритий і нічим не обмежений. Віденська конвенція про дипломатичні зносини 1961 року та Віденська конвенція про консульські зносини 1963 року підтверджують право держави звертатися до традиційних заходів дипломатичного захисту, які виражаються в переговорах, посередництві, протестах, проханнях про проведення розслідування, представництві або належному забезпеченні представництва в судових установах, та інших, не заборонених державою перебування, способах забезпечення прав та інтересів.

Але виникає питання, на який звертають свою увагу вчені: чи необхідно розрізняти дії консульських представництв – консульський захист і дипломатичний захист в тому сенсі, в якому ми розуміємо його в рамках дослідження?

Держава може діяти на свій розсуд і визначати ті заходи, які адекватні цілям швидкого та ефективного відшкодування шкоди. При цьому досліджуються різні обставини, які здатні вплинути на вибір засобів дипломатичного захисту. До числа факторів впливу відносять: характер прав особи, яка зазнала збитків від іноземної держави, ступінь тяжкості завданих збитків, значущість понесеного збитку як для самої особи, так і для держави її громадянства, ризику загострення і погіршення відносин між державами, спільне членство з державою-заподіювачем шкоди в міжнародній організації тощо.

Одним зі способів захисту інтересів є сприяння в пошуку і надання адвокатів, захисників громадянам для участі в судових процесах на території чужої держави, надання особі правової допомоги.

Можна відзначити й такий засіб захисту, як надання медичної допомоги кваліфікованими медиками.

Також існують традиційні та загальноприйнятні допоміжні дії дипломатичних представництв за кордоном, в яких полягає захист інтересів громадян, такі як відвідування представниками держави засуджених або затриманих громадян в тюрмах. Віденська конвенція встановлює право консульських посадових осіб відвідувати громадянина, який перебуває у в'язниці, під вартою або затриманий, для бесіди з ним, а також право листування з ним і право на забезпечення затриманого юридичним представництвом.

Звісно ж, що заходи, що вживаються дипломатичними та консульськими установами повинні мати на меті надання допомоги, яка дозволяє відновити в повному обсязі порушені права та інтереси потерпілого громадянина.

Таким чином, держава має широкий спектр можливостей і способів для здійснення дипломатичного захисту, і в кожному конкретному випадку допускаються абсолютно різноманітні заходи для того, щоб допомогти громадянину, який опинився в складній ситуації, впоратися з нею і не кинути його на території чужої країни. Але при цьому, варто пам'ятати, що будь-які заходи повинні бути доцільними й застосовними до конкретної ситуації.

Як ми раніше встановили, дипломатичний захист, попри те, що є правом держави, водночас має характер позитивного зобов'язання держави. При цьому громадянин не може зловживати дипломатичним захистом, що надається з боку держави.

Відзначимо, що у виборі засобів дипломатичного захисту велику роль відіграють взаємини, що складаються між державами. Так, практичний інтерес представляє механізм і вибір засобів дипломатичного захисту в ситуації фактичного військового конфлікту між Росією та Україною, який значною мірою впливає і на можливість здійснення дипломатичного захисту. Так, у цій ситуації як засіб дипломатичного захисту можна розглянути

взаємний обмін громадянами, що утримуються обома державами. Зокрема, завдяки домовленості глав обох держав у 2016 році відбувся обмін громадянки України Надії Савченко на російських військовослужбовців, задля чого Україні навіть довелося внести зміни до свого законодавства в частині розширення суб'єктів права клопотати про помилування, яким дозволено подавати прохання про помилування [75].

Отже, перелік заходів і способів дипломатичного захисту не закритий, та їхній конкретний вибір визначається характером прав особи, яка зазнала збитків від іноземної держави, ступенем тяжкості завданих збитків, значущістю понесеного збитку як для самої особи, так і для держави її громадянства, характером відносин між державами, ризиком загострення і погіршення відносин між державами, спільним членством з державою-заподіювачем шкоди в міжнародній організації та іншими факторами.

Відповідно до традиційних уявлень про дипломатичний захист обов'язок держави, яка допустила порушення, надати відшкодування визначений ППМП як необхідний для «усунення всіх наслідків протиправної дії та відновлення ситуації, яка, ймовірно, існувала б, якби діяння не було скоєно» [149], повністю *залежить від держави громадянства* потерпілого іноземця. Обґрунтування, що лежить в основі цього підходу, полягає в тому, що саме право держави є предметом спору у вимозі про дипломатичний захист. Як заявив суддя Бадаві у своїй особливій думці по Справі про відшкодування шкоди, *«міжнародне право визнає, що держава має право вимагати відшкодування цього збитку не тому, що вона вважає, що держава є законним представником потерпілого, а тому, що вважає, що держава відстоює своє власне право, право, яке вона повинна забезпечити в особі своїх підданих дотриманням норм міжнародного права»* [230, с. 206]. Застосовні правила для виконання цього міждержавного зобов'язання передбачені Статтями про відповідальність держави 2001 року [91, ст. 33] (Правила про дипломатичний захист не передбачають спеціальних правил з даного питання, як зазначено в Проекті статей Комісії міжнародного права ООН) [92].

У цьому сенсі держава громадянства наділена абсолютним дискреційним правом при прийнятті рішення, вимагати або не вимагати відшкодування, а також про форми відшкодування, які можуть бути запитані. Так, наприклад, в контексті вимоги дипломатичного захисту може бути запрошена:

(I) *реституція* – з метою «звільнення осіб, незаконно затриманих, або повернення майна, яке було незаконно конфісковано»;

(II) *компенсація*, яка «повинна покривати будь-який матеріально оцінюваний збиток», щодо тілесних ушкоджень, понесених її громадянами, прямого збитку, включаючи матеріальні втрати (такі як втрата доходу і заробітку, медичні витрати тощо) і нематеріального збитку, понесеного окремою особою (наприклад, «моральна шкода»), в тому числі «втрата близьких, біль і страждання, а також образа почуттів, пов'язана з вторгненням в особисте, домашнє або приватне життя»; і

(III) *сатисфакція*, яка може бути запрошена у вигляді, серед іншого, «визнання порушення, висловлення жалю, офіційного вибачення або іншого відповідного способу» задоволення шкоди громадянам [132, с. 213].

При розрахунку суми відшкодування *підставою для розрахунку* є збитки, понесені іноземцем, хоча остаточне відшкодування не обов'язково має бути еквівалентним їм. Репарація може бути вище або нижче фактичних збитків, понесених іноземцем, з урахуванням збитків державі громадянства та її розсуду в прийнятті меншого розміру відшкодування з політичних причин [118, с. 6-7], або навіть відмовитися від свого права на відшкодування, повністю або частково (як це було у Справі Лагранд). Ця традиційна точка зору була роз'яснена ППМП в рішенні по Справі фабрики «Чорзов» (*Factory Chorzow Case*), де Палата визнала, що: «Репарація, належна одній державі з боку іншої, не змінює свого характеру в силу того факту, що вона приймає форму компенсації, для розрахунку якої як міра приймається збиток, понесений приватною особою. Збиток, завданий йому фізичною особою, ніколи не буває тотожним за своїм характером того, що понесе держава; він

може надати тільки зручну шкалу для розрахунку відшкодування за рахунок держави» [149, с. 28].

Крім того, для розрахунку відшкодування буде враховуватися «внесок в заподіяння шкоди навмисних або недбалих дій чи бездіяльності потерпілої держави або *будь-якої особи або організації, в яких запитується репарація*», з урахуванням «принципу повного відшкодування шкоди, заподіяної в результаті міжнародно-протиправного діяння, але не більше. Це також узгоджується зі справедливістю в стосунках між державою-відповідачем і жертвою порушення» [91].

Необхідним наслідком цієї точки зору є те, що, як тільки держава отримала відповідне відшкодування, вона має повний контроль над розпорядженням надходженнями та *не несе* ніяких міжнародних зобов'язань щодо їх *розподілу*, повністю або частково, на користь потерпілого іноземця. Таким чином, відповідно до традиційної концепції, потерпілий іноземець не має права на відшкодування за міжнародним правом, яке впливає з вимоги дипломатичного захисту. Однак це не виключає можливості того, що держава бере на себе зобов'язання на свій розсуд розподілити надходження відповідно до свого національного законодавства. Таким чином, традиційно вважається, що рішення держави щодо одноразової угоди або розподілу відшкодування не підлягають розгляду в судовому порядку, якщо тільки це прямо не вказано в національному законодавстві, що однак не впливає на положення в міжнародному праві, оскільки, як це сформулював Беннуна: «коли все сказано й зроблено, то, яким чином людина в кінцевому підсумку отримує компенсацію, не має великого значення з точки зору міжнародного права» [118, с. 7].

Уявлення про те, що людина не має міжнародного права на відшкодування, що впливає із заяви про дипломатичний захист, що вчиняється на її користь, абсолютно суперечить уявленню про те, що як права фізичної особи, так і права держави лежать в основі таких вимог, оскільки воно повністю ігнорує індивідуальні інтереси. У цьому сенсі традиційна точка зору не виправдано суперечлива і логічно непослідовна, оскільки, хоча і не надає

будь-якого міжнародного права іноземцю на відшкодування шкоди, вона визнає, що саме збиток іноземця є підставою для розрахунку збитку держави та відшкодування, яке належить останній, – вимога, яка насправді «звертає увагу на інтереси іноземця, а не на інтереси держави його громадянства» [110, с. 53], проте не для індивідуальної мети, оскільки обґрунтування виключає участь іноземця в отриманому відшкодуванні.

Крім того, збитки, завдані державі, розраховується, як сформулював Рейтер, «відповідно до матеріального та безпосереднього збитку, що зазнав індивід з урахуванням його фізичної недоторканності, сімейного та професійного становища, його інтересів і характеру, що розглядаються з точки зору того, як вони найбільш точно визначають його власну особистість» [212, с. 535-552, с. 540], побічно визнаючи, що існує індивідуальне право, пов'язане з дипломатичним захистом. Це підтверджується, зокрема, тим фактом, що поведінка іноземця, що сприяє заподіяння шкоди, має відношення до суми відшкодування, зменшуючи його. На думку Комісії міжнародного права ООН, обґрунтування цього правила полягає в тому, що положення держави, що вимагає відшкодування, не повинно бути більш сприятливим, оскільки мова йде про відшкодування в інтересах іншого, ніж це було б, якби фізична або юридична особа, щодо якої запитується відшкодування, подала б позов індивідуально» [132]. З цієї точки зору дипломатичний захист набагато менш ефективний як інструмент захисту індивідуальних прав у порівнянні з іншими механізмами, які надають прямий доступ людині, коли вона має право на отримання відповідного відшкодування. Що стосується *розподілу* відшкодування, то якщо визнається, що в основі дипломатичного захисту лежать індивідуальні права, то, як раніше заявив Берлі, «держави, яка збереже виплачену їй компенсацію, отримає реальне збагачення без підстави» [122, с. 42-44].

Сучасна еволюція міжнародного права прав людини відбиває тенденцію до визнання того, що в індивіда є пряме індивідуальне право на відшкодування або, принаймні, на судовий контроль за розподілом відшкодування. В області прав людини багато документів з прав людини передбачають індивідуальне

право на відшкодування шкоди, заподіяної протиправним діям держави, включаючи, зокрема, ст. 41 Європейської конвенції про права людини та ст. 63 Американської конвенції про права людини. Крім того, стаття 75 Римського статуту Міжнародного кримінального суду закликала Суд встановити принципи, що стосуються відшкодування шкоди жертвам, включаючи реституцію, компенсацію та реабілітацію. Крім того, в Справі Бомартен проти Франції (*Beaumartin v. France*) [89], що стосувалася узгодженості зі статтею 6 (1) Європейської конвенції про захист прав людини національних процедур розподілу відшкодування, отриманих в результаті вимоги в порядку дипломатичного захисту, Європейський суд встановив, що угода про одноразову виплату, укладена державою, створює індивідуальне право на відшкодування. Як влучно підкреслив Флаусс, така судова практика «бере участь в зміцненні індивідуальних прав потерпілого. Це також сприяє, принаймні побічно, розвитку процедур розподілу компенсації, пов'язаних зі здійсненням дипломатичного захисту, таким чином, приєднуючись до еволюції, вже розпочатої деякими державами на національному рівні» [169, с. 53-54].

Комісія ООН з компенсацій також сприяла цій тенденції, оскільки передбачає механізм спостереження за розподілом компенсації, отриманої державою на користь окремого громадянина. Більш ранні прецеденти включають комісії з компенсацій, які були створені в 1950-х роках США, Великобританією і Францією після Другої світової війни з метою розподілу одноразових сум, отриманих з деяких країн Східної Європи, жертвам, постраждалим в результаті війни.

Крім того, у внутрішньодержавній правовій сфері багато національних правових систем дозволяють звертатися до національних судів, щоб гарантувати передачу коштів, отриманих державою, і переглянути їх розподіл. Проте слід визнати, що державна практика дипломатичного захисту у міжнародному плані свідчить про те, що права людини рідко враховуються, а одноразові угоди на більш низькі суми, ніж збиток, заподіяний іноземцю, або

відмова від відшкодування є звичайною практикою між державами, що допускає переважання політичних міркувань над інтересами окремих громадян.

Деякі автори відзначають тенденцію до надання державами людині права на отримане відшкодування. Інші ж вважають, що при сучасному стані міжнародного права встановлення індивідуального права на відшкодування неможливо.

Традиційний підхід Комісії міжнародного права ООН до відшкодування вже піддавався критиці в рамках її роботи по кодифікації «Відповідальності держави», щодо якої такі автори, як Рандельхофер і Томушат, заявили, що їх «небажання мати справу з людиною як бенефіціаром прав по міжнародному праву різко контрастує з новими тенденціями, які в корені змінюють традиційні концепції міжнародного права, тенденції, які КМП, напевно, відкинула» [188, с. VII]. Ця критика також може бути підтримана щодо робіт з кодифікації дипломатичного захисту. Підхід КМП не охоплює індивідуальне право на відшкодування, що випливає з вимог дипломатичного захисту (і повністю посиляється на статті про відповідальність держави з питання про відшкодування), являє собою серйозну упущену можливість узгодити дипломатичний захист з антропо-(людино-)орієнтованою еволюцією міжнародного права і не робить нічого, крім ослаблення його ролі як засобу забезпечення дотримання індивідуальних прав.

3.5. Поняття та умови надання «делегованого» дипломатичного захисту

Попри те, що інститут дипломатичного захисту відомий практично з давніх часів, саме поняття дипломатичного захисту як і раніше залишається в основному у сфері звичаєвого міжнародного права. У зв'язку з цим відзначимо, що у відношенні громадянства осіб, що захищаються, як практика держав, так і міжнародна судова практика сьогодні виходить з того, що держава може здійснювати дипломатичний захист тільки щодо своїх громадян, тобто щодо фізичних і юридичних осіб, пов'язаних з нею

громадянством або реєстрацією (юридичні особи). Саме цей зв'язок дає можливість здійснювати державі особисту юрисдикцію, що є основою реалізації дипломатичного захисту. Однак в Проекті статей Комісії міжнародного права передбачається можливість захисту біпатридів і осіб з множинним громадянством (ст. 7), а також осіб без громадянства та біженців (ст. 8) [86, с. 183].

Аналіз міжнародних договорів (зокрема, двосторонніх угод), міжнародної судової практики, національних законодавчих актів, наукових узагальнень на тему дозволяє констатувати, що в міжнародному праві відсутній однаковий підхід до умов і способів здійснення дипломатичного захисту щодо осіб з громадянством двох і більше держав.

Більшою мірою держави при здійсненні права на дипломатичний захист щодо власних громадян, що володіють громадянством іншої або інших держав, на практиці керуються положеннями двосторонніх угод, а також національного законодавства. Іноді це призводить до різної практики, що створює нові складності в застосуванні положень міжнародного права про дипломатичний захист біпатридів до наступних схожих ситуацій. Можливий вихід вбачається в узгодженні регіональних рамкових угод про основні положення дипломатичного захисту біпатридів з урахуванням ст. 6 Проекту статей Комісії міжнародного права про дипломатичний захист 2006 року.

Однак цілком можливі ситуації, коли держава «ефективного громадянства» з тих чи інших причин не в змозі надати захист своєму громадянину (наприклад, у зв'язку з відсутністю дипломатичних представництв або консульських установ в державі, яка є відповідачем), і тоді тільки держава його другого громадянства може захистити його права. Тому слід виходити з того, що держава другого громадянства в подібних ситуаціях має право безперешкодно здійснювати захист таких осіб.

На думку Е. М. Борчарда, «Уряди просять інший уряд діяти замість них по захисту їхніх громадян: 1) коли у них немає договірних відносин з тією чи іншою третьою державою або коли число їх громадян в цій державі занадто

незначно, щоб виправдати наявність постійного представництва; або 2) коли вони розірвали дипломатичні відносини з цією третьою державою і відкликали своїх офіційних представників» [120]. Такого роду захист Е. М. Борчард називає «делегованим» захистом. Право на захист іноземців в такому випадку не впливає з суверенітету держави, яка надає захист, а є похідним від права на захист тієї держави, громадянами яких ці іноземці є.

Слід зазначити, що питання про «делегований» захист в останнє десятиліття ХХ століття набуває особливої актуальності з урахуванням виникнення цілого ряду нових держав, інтереси яких представлені лише в обмеженій кількості іноземних держав.

В останні роки норми, пов'язані з наданням «делегованого» захисту, отримують закріплення у внутрішньому законодавстві ряду держав, зокрема, в законодавстві деяких держав СНД, які мають обмежену кількість дипломатичних представництв і консульських установ за кордоном.

Наприклад, в статті 5 Закону Республіки Білорусь «Про громадянство Республіки Білорусь» 1991 року зафіксовано таке положення: «У разі, якщо в країні перебування громадян Республіки Білорусь відсутні дипломатичні представництва і консульські установи Республіки Білорусь, захист прав і законних інтересів громадян Республіки Білорусь в відповідно до міжнародних договорів Республіки Білорусь може здійснюватися відповідними органами інших держав».

Держава, яка делегує право на захист прав та інтересів своїх громадян іншій державі, і ця інша держава зазвичай укладають відповідні угоди або досягають необхідних домовленостей шляхом обміну нотами.

Наприклад, 27 липня 1989 року Великобританія уклала угоду зі Швецією про захист інтересів Великобританії в Ісламській Республіці Іран. Ініціатива укладення угоди належала уряду Швеції. Швеція сприяла з цих питань цілій низці держав, і в 1988 році шведський парламент прийняв закон, що вимагає від уряду укласти двосторонні угоди з усіма державами, інтереси яких вона представляє. Угода з Великобританією стало першою в цьому ряді та

служувала основою для переговорів з іншими країнами. Дана угода передбачала захист адміністративних, гуманітарних і консульських інтересів Великобританії.

Швеція представляла британські інтереси в Ірані з 1980 по 1988 рік. Посольство Великобританії в Ірані відновило роботу в 1988 році. Однак вже в 1989 році воно було знову закрито, і Швеція продовжила колишню діяльність щодо захисту інтересів Сполученого Королівства [152, с. 632].

Норми, що стосуються здійснення «делегованого» захисту, знайшли закріплення в Віденській конвенції про дипломатичні зносини 1961 року і Віденській конвенції про консульські зносини 1963 року. Так, стаття 45 Віденської конвенції про дипломатичні зносини говорить: «У разі розриву дипломатичних відносин між двома державами або накладення арешту чи відкликання представництва акредитуюча держава може довірити захист своїх інтересів та інтересів своїх громадян третій державі, прийнятній для держави перебування». У статті 46 Конвенції говориться, що «акредитуюча держава може, за попередньою згодою держави перебування і на прохання третьої держави, не представленої в державі перебування, взяти на себе тимчасовий захист інтересів цієї третьої держави та її громадян». Відповідно ж до положень статті 8 Віденської конвенції про консульські зносини «після відповідного повідомлення держави перебування консульська установа держави може, якщо держава перебування не заперечує, виконувати консульські функції в державі перебування від імені третьої держави».

Право на надання «делегованого» захисту закріплено також у Договорі про створення Європейського союзу (Маастрихтському договору) від 7 лютого 1992 року. У статті 8 Договору говориться, що «громадяни Союзу на території третьої країни, де не представлена держава-член, громадянами якої вони є, користуються правом захистом з боку дипломатичних і консульських установ будь-якої держави-члена на тих же умовах, що й громадяни цієї держави». Відповідно до положень цієї статті правила надання такого роду захисту розробляються і затверджуються членами Союзу. Положення статті 8

передбачали, що «до 31 грудня 1993 року держави-члени розроблять між собою необхідні правила і почнуть міжнародні переговори, необхідні для забезпечення такого захисту». Так, 19 грудня 1995 року Рада прийняла Рішення 95/553/ЄС щодо захисту громадян ЄС дипломатичними та консульськими представництвами. Цим рішенням передбачено, що допомога надається в разі смерті; в разі серйозного нещасного випадку або серйозної хвороби; арешту або затримання; жертвам тяжкого злочину, а також у вигляді сприяння та репатріації громадян ЄС, які знаходяться в складному становищі.

Хоча це положення стосується лише дипломатичного захисту *lato sensu* [130, с. 45], а не власне дипломатичного захисту *stricto sensu* в сенсі міжнародної вимоги про притягнення до відповідальності держави, воно є революційним [142, с. 1068]¹⁴ в тому сенсі, що воно встановлює справжнє *пряме індивідуальне право на захист з боку держави*, характер якого підтверджується й іншими відповідними документами. Вважаємо, що дане положення розширює індивідуальні права громадянина ЄС на регіональному рівні, оскільки це індивідуальне право на дипломатичний захист в ЄС, як правило, не надається людині в більшості національних законодавств держав-членів ЄС, якщо їх розглядати окремо (де в більшості випадків дипломатичний захист як і раніше має дискреційний характер).

Кілька розширив компетенцію ЄС у сфері дипломатичного захисту Лісабонський договір, який закріпив в ст. 23 Договору про функціонування ЄС, що «Кожен громадянин Союзу на території третьої країни, де немає представництва держави-члена, громадянином якої він є, має право користуватися захистом дипломатичних та консульських органів будь-якої держави-члена Союзу на таких самих умовах, як громадяни цієї держави. Державам-членам належить запровадити потрібні правила та почати

¹⁴ Це положення також цікаво в тому сенсі, що воно відступає від умови наявності громадянства і дозволяє державі-члену ЄС здійснювати дипломатичний захист на користь особи, яка не є громадянином цієї держави, за умови згоди держави громадянства. Див.: Dolzer R. Diplomatic protection of Foreign Nationals. *Encyclopedia of Public International Law* / Bernhardt Rudolf (dir.). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Vol. I. P. 1068.

міжнародні переговори, потрібні, щоб забезпечити такий захист». У другому параграфі цієї статті закріплені повноваження щодо прийняття директив, які встановлюють заходи щодо координації та співпраці з метою полегшення цього захисту.

На виконання цієї норми у 2015 році була прийнята Директива Ради ЄС 2015/637 про заходи координації та співробітництва в наданні консульського захисту громадянам, чия держава-член ЄС не представлена в третіх країнах. Директива регламентує дії дипломатичних та консульських установ в разі надходження до них звернення про захист (ст. 10). Так, вони зобов'язані невідкладно зв'язатися з міністерством закордонних справ держави, громадянин якої просить про надання захисту, або, якщо це можливо, компетентним посольством або консульством цієї держави, і надати всю необхідну інформацію.

Слід зазначити, що особливість «делегованого» захисту в рамках Європейського Союзу полягає в тому, що він надається громадянам не представлених членів Союзу, які одночасно, як і громадяни держави, що здійснює в такому випадку захист, є громадянами Європейського Союзу.

В рамках Співдружності Незалежних Держав не існує домовленостей між усіма учасниками Співдружності з надання «делегованого» захисту, аналогічних тим, які досягнуті в рамках Європейського Союзу, хоча питання «делегування консульським представництвам країн СНД за кордоном повноважень щодо захисту прав та інтересів їх фізичних та юридичних осіб» обговорювалося, зокрема, на засіданні Консультативної ради керівників консульських служб міністерств закордонних справ держав-учасниць СНД, яке відбулося 21-22 жовтня 1997 року в Алма-Аті. Разом з тим дипломатичні представництва і консульські установи Російської Федерації за кордоном на прохання урядів держав-учасниць СНД неодноразово сприяли та захищали права та інтереси громадян СНД в третіх країнах, де держави громадянства останніх представлені не були.

Сьогодні є окремі домовленості з делегування захисту, наприклад, між

Росією і Білорусією. Надання «делегованого» захисту громадянам Росії та Білорусії дипломатичними представництвами та консульськими установами цих двох країн обумовлено наявністю відповідного положення в Статуті Союзу Білорусі та Росії від 23 травня 1997 року. У статті 18 Статуту зафіксовано положення, відповідно до якого «громадянин Союзу має право ... на захист на території третьої країни, де немає представництва держави-учасниці Союзу, громадянином якої він є, з боку дипломатичних представництв або консульських установ іншої держави-учасниці Союзу на тих же умовах, що і громадяни цієї держави». Аналогічне положення міститься і в статті 15 російсько-білоруського Договору про створення Союзної держави, підписаного 8 грудня 1999 року.

Слід зазначити, що тут так само, отримання згоди держави перебування на здійснення «делегованого» захисту зазвичай відбувається шляхом обміну нот між дипломатичними представництвами (консульськими установами) держави, яка має намір надавати захист прав та інтересів громадян третьої держави, і міністерством закордонних справ держави перебування.

Так, в результаті обміну нотами між британським МЗС і посольством Йорданії в Лондоні в березні-травні 1991 року було врегульовано питання про надання йорданському представництву відповідно до статті 45 Віденської конвенції про дипломатичні зносини 1961 року права захищати інтереси Іраку в Великобританії [152, с. 611].

Слід зазначити, що «делегований» захист іноземних громадян переважно здійснюється на рівні дипломатичних представництв і консульських установ. На інших рівнях держави (державні органи) у багатьох випадках безпосередньо контактують один з одним з питань захисту своїх громадян (наприклад, при передачі претензій на розгляд в міжнародні арбітражні та інші комісії). Відповідно обмежений і вибір методів захисту. При здійсненні «делегованого» захисту можливе проведення дипломатичних переговорів, надання добрих послуг, посередництво, дипломатичне втручання. В рамках «делегованого» захисту навряд чи можлива передача тієї

чи іншої справи в арбітраж і тим більше використання недружніх методів захисту.

Як бачимо, на сучасному етапі відбувається розширення змісту і уточнення умов надання дипломатичного захисту, зокрема, шляхом визнання і нормативного закріплення права на «делегований» захист, що сприяє в цілому посиленню гарантій забезпечення прав громадян за кордоном. Разом з тим для підвищення ефективності права «делегованого» захисту важливо нормативно врегулювати питання про обсяг і умови реалізації даного права. У зв'язку зі специфікою природи права на «делегований» захист змінюється класичне розуміння змісту і умов здійснення дипломатичного захисту, оскільки в такому випадку не простежується безпосередній зв'язок особи з державою – у вигляді громадянства як політико-правового зв'язку особи з певною державою, – і супроводжується, з іншого боку, розширенням юрисдикційної компетенції держави, заснованої на державному суверенітеті, по здійсненню дипломатичного захисту: право на захист іноземців в такому випадку впливає не з суверенітету держави, яка надає захист, а є похідним від права на захист держави, громадянами яких ці іноземці є.

ВИСНОВКИ

У результаті дисертаційного дослідження наведено нове вирішення наукового завдання, яке полягає у визначенні особливостей становлення та розвитку дипломатичного захисту як інституту міжнародного права, а саме:

1. Зміни, яких зазнало правове розуміння і регулювання дипломатичного захисту, стали результатом розробки когентних правил. Цей правовий інститут за короткий час пройшов довгий шлях, еволюціонував від інструменту чистого інтервенціонізму до ефективного юридичного інструменту захисту інтересів власних громадян за кордоном.

2. Перший конкретний з точки зору кодифікації результат роботи Комісії міжнародного права ООН над правилами дипломатичного захисту був зроблений у 2004 році, коли в першому читанні було прийнято дев'ятнадцять статей. Проекти статей виходять з традиційного погляду на правову природу цього інституту, закріплюючи, що «право дипломатичного захисту належить державі». З іншого боку, підпункт (а) статті 19 Проекту статей про дипломатичний захист (ст. 19 «Рекомендована практика») слід розглядати як прогресивний розвиток права дипломатичного захисту в напрямку визнання позитивного обов'язку держави щодо надання дипломатичного захисту.

3. Виокремлено наступні основні характеристики дипломатичного захисту: це інститут, який охоплює процедурні механізми, що обмежені нормами міжнародного права, і, отже, з метою захисту не допускаються ніякі примусові заходи; дипломатичний захист є дискреційним правом держави, і тільки вона уповноважена оцінювати, необхідно чи ні приймати відповідні заходи; передумовою здійснення дипломатичного захисту є вичерпання інших засобів правового захисту, а також вимога тривалості та збереження стану громадянства держави, яка надає дипломатичний захист; зміст заходів дипломатичного захисту знаходиться у відкритому доступі, вони здійснюються офіційними державними органами або за їх дорученням, тому закінчення дипломатичного захисту завжди знаходиться під юрисдикцією

держави громадянства; застосування заходів дипломатичного захисту передбачає існування юридичної фікції, що порушення прав людини також є порушенням прав самої держави.

4. Необхідно проводити різницю між дипломатичним захистом як інститутом міжнародного права і дипломатичним захистом як інститутом внутрішньодержавного права: як інститут міжнародного права дипломатичний захист залишається дискреційним правом держави; з іншого боку, як інститут внутрішньодержавного права він передбачає позитивний обов'язок держава щодо захисту своїх громадян та юридичних осіб, а інколи й інших категорій осіб (особи без громадянства, біженці).

5. Дипломатичний захист не охоплює заходи, які міжнародна організація може прийняти для захисту прав своїх посадових осіб. Право міжнародних організацій на захист інтересів своїх співробітників не ґрунтується на дипломатичному захисту *per se*, а засноване на приписуванні організаціям прямого права, що стосується їх функціонування як суб'єкта міжнародного права, при цьому міжнародний службовець не перестає бути громадянином своєї країни та користується її захистом, однак в разі конфлікту статус службовця міжнародної організації повинен переважати.

6. Еволюція правил, які стосуються дипломатичного захисту, показує, що в процесі становлення правил дипломатичного захисту враховувалися різні, часом конкуруючі інтереси, отримали визнання одні або інші з них, однак основним принципом, що лежить в основі інституту дипломатичного захисту, є інтереси держави громадянства, з іншого боку, у міру їх розвитку, інші інтереси також враховувалися при формулюванні деяких правил дипломатичного захисту. Зокрема, не були проігноровані інтереси потерпілого іноземця, хоча часто стверджується, що формально порушуються не права іноземця, а права держави громадянства. Той факт, що іноземець сам по собі залучений в ситуацію, привів до формування певних правил. Більш того, іноді віддають перевагу інтересам держави-відповідача, а не формальним правам держави громадянства або інтересам іноземця.

Можна відзначити, що розвиток правил дипломатичного захисту має тенденцію до зростання визнання інтересів потерпілого іноземця в забезпеченні міжнародного захисту. Разом з тим може бути висловлена думка, що помилково ігнорувати актуальність інтересів держави-відповідача – це підривало б одну з основ інституту дипломатичного захисту. Тому потрібно набагато більш збалансований підхід.

7. Зроблено висновок на користь того, що у зв'язку з розробкою норм, що стосуються захисту прав людини, акцент на дипломатичному захисті як захисної процедури змінився і приділяється особлива увага інтересам потерпілого іноземця. Існують доступні іноземцю процесуальні інструменти, які дозволяють йому забезпечити захист його матеріальних прав щодо поводження з ним як з іноземцем, які сьогодні еквівалентні правам людини, визнаним відповідно до звичаєвих норм міжнародного права або загальних принципів права. Можна стверджувати, що інтереси іноземця в силу значного правозахисного фактора отримують важливе місце в розробці норм дипломатичного захисту.

8. Хоча дипломатичний захист можна розглядати як засіб сприяння міжнародного захисту прав людини, неможливо описати дипломатичний захист як індивідуальне право людини. В практиці держав, конституціях і доктрині висловлюється підтримка на користь того, що держави мають не тільки право, а і юридичний обов'язок захищати своїх громадян за кордоном. Цей підхід суперечить традиційному уявленню. Однак він не може бути відкинутий, оскільки він відповідає головній меті сучасного міжнародного права – просуванню прав людини.

9. Сьогодні та в доступному для огляду майбутньому превалює традиційна точка зору про те, що держава має право захищати громадян, але не зобов'язана робити це. Обґрунтовано припустити, що міжнародне право вже визнає існування певного обов'язку держави щодо здійснення дипломатичного захисту від імені громадянина, якому завдано серйозної шкоди за кордоном. Визнання права індивіда на дипломатичний захист є по-

справжньому прогресивним розвитком правового регулювання та дозволяє змістити фокус уваги з держави громадянства на іноземця, щодо якого порушено права, хоча права держави громадянства, як первинні, так і по відшкодуванню, також існують. Це, зі свого боку, відповідає сучасному розвитку міжнародного права, яке визнає людину суб'єктом прав за міжнародним правом, – як такі, що впливають з *ius cogens*.

10. Дипломатичний захист повинен здійснюватися мирними засобами, повний перелік яких не визначений. Держава є вільною у виборі заходів і засобів захисту своїх громадян за кордоном, однак, в межах законодавства і домовленостей з державою перебування. Велику роль відіграють взаємини, що складаються між державами. На наш погляд, засоби дипломатичного захисту можна розділити на дві групи: звернення держави до судових органів з позовами про захист прав своїх громадян та інші заходи дипломатичного захисту, – та їхній конкретний вибір визначається характером прав особи, яка зазнала збитків від іноземної держави, ступенем тяжкості завданих збитків, значущістю понесеного збитку як для самої особи, так і для держави її громадянства, характером відносин між державами, ризиком загострення і погіршення відносин між державами, спільним членством з державою-заподіювачем шкоди в міжнародній організації та іншими факторами.

11. Людиноорієнтована еволюція міжнародного права вплинула на традиційний погляд на дипломатичний захист. Традиційне розуміння дипломатичного захисту як дискреційного права держави сьогодні серйозно заперечується зростаючим визнанням міжнародним правом прав особистості. Сьогодні очевидно, що в основі дипломатичного захисту лежить не порушення права держави через своїх громадян, а реальне порушення індивідуальних прав таких громадян, що тягне за собою додаткове порушення прав держави. Держава повинна враховувати інтереси особи, що захищається, оцінюючи їх як перший крок перед прийняттям рішення про подачу позову, і, як мінімум, утримуватися від таких дій, коли це може завдати шкоди таким індивідуальним інтересам (про що може свідчити відмова людини від

дипломатичного захисту після того, як їй буде завдано шкоди).

12. На сучасному етапі відбувається розширення змісту і уточнення умов надання дипломатичного захисту, зокрема, шляхом визнання і нормативного закріплення права на «делегований» захист, що сприяє в цілому посиленню гарантій забезпечення прав громадян за кордоном. В такому випадку не простежується безпосередній зв'язок особи з державою – у вигляді громадянства як політико-правового зв'язку особи з певною державою, – і супроводжується, з іншого боку, розширенням юрисдикційної компетенції держави, заснованої на державному суверенітеті, по здійсненню дипломатичного захисту: право на захист іноземців в цьому випадку впливає не з суверенітету держави, яка надає захист, а є похідним від права на захист держави, громадянами яких ці іноземці є. Разом з тим для підвищення ефективності права «делегованого» захисту важливо нормативно врегулювати питання про обсяг і умови реалізації цього права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Альонкін О. А. Фондова лекція з навчальної дисципліни «Міжнародно-правові стандарти з прав людини». Тема: «Особливості міжнародно-правового регулювання правового статусу окремих категорій осіб». URL: <http://www.naiau.kiev.ua/files/kafedru/kmp/lectures/lekc2-msl.doc>.
2. Американская конвенция о правах человека (22 ноября 1969 года). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=39605365#pos=3;-255.
3. Андрейченко С. С. *Denial of justice* как основание для атрибуции государству поведения судебных органов. *Науково-інформаційний вісник «Право»*. 2015. № 12. С. 70-76.
4. Ануфриева Л. П. Международное частное право: Особенная часть. Учебник. Т. 2. Москва: БЕК, 2000. 656 с.
5. Анцилотти Д. Курс международного права: Введение – общая часть. Перевод с итальянского. Т. 1 / Д. Анцилотти; Под ред.: Д. Б. Левин (предисл.); Пер: А. Л. Скаетти, Э. М. Фабриков. Москва: Иностр. лит., 1961. 447 с.
6. Асосков А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. Москва: Статут, 2003. 219 с.
7. Африканская хартия прав человека и прав человека, 1981 г. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/instree/Rz1afchar.html>.
8. A/61/Supp.10 ООН. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты: 61-я сессия. Доп. 10: Доклад Комиссии международного права: 58-я сессия: 1 мая – 9 июня и 3 июля – 11 августа 2006 г. 2006. 563 с. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/61/10>.
9. Блищенко И. П. Дипломатическое право. Москва: Высшая школа, 1990. 287 с.
10. Богуславский М. М. Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: Юристъ, 2002. 462 с.
11. Броунли Я. Международное право. В 2-х книгах: перевод с английского. Кн. 2 / Броунли Я.; Под. ред.: Тункин Г. И.; Пер.: Андрианов С.Н.

Москва: Прогресс, 1977. 507 с.

12. Буткевич В. Г., Мицик В. В., Задорожний О. В. Міжнародне право. Основи теорії: Підручник / За ред. В. Г. Буткевича. Київ: Либідь, 2002. 608 с.

13. Ваттель Э., де. Право народов, или Принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов / Эмер де Ваттель; пер.: В. Н. Дурденевский [и др.]. Москва: Госюриздат, 1960. 720 с.

14. Ведель И. А. Некоторые аспекты осуществления дипломатической защиты (консульского содействия) дипломатическими и консульскими учреждениями. Российский юридический журнал. 2012. № 3. С. 83-91.

15. Веймарская конституция 1919 года. URL: <http://law-students.net/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=261%C2%A0>.

16. Венская конвенция о дипломатических сношениях. Принята 18 апреля 1961 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/dip_rel.shtml.

17. Венская конвенция о консульских сношениях, заключена 24 апреля 1963 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_047.

18. Временный регламент урегулирования претензий (S/AC.26/1992/10, приложение).

19. Гвоздецкий Д. С. Соотношение института дипломатической защиты с иными формами защиты прав индивида. *Право и современные государства*. 2013. № 2. С. 48-54.

20. Германия отреагировала на «дипломатическое вмешательство» Турции. Берлин, 30 марта 2016. – REGNUM. URL: <https://regnum.ru/news/polit/2108327.html>.

21. Гроций Г. О праве войны и мира. Книга вторая. Электронный ресурс. URL: <http://www.civisbook.ru/files/File/Groziy.Kn2.pdf>.

22. Двадцать шестой доклад исполнительного секретаря в соответствии со статьей 41 Временного регламента урегулирования претензий. Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, Совет управляющих. S/AC.26/2004/9. 2 July 2004.

23. Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают. Принята резолюцией 40/144 Генеральной Ассамблеи от 13 декабря 1985 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/not_nationals_rights.shtml.

24. Декларация об установлении нового международного экономического порядка. Принята резолюцией 3201 (S-VI) Генеральной Ассамблеи ООН от 1 мая 1974 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/econ_order.shtml.

25. Договір до Енергетичної Хартії та Заключний акт до неї. Протокол до Енергетичної Хартії з питань енергетичної ефективності та суміжних екологічних аспектів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_056#Text.

26. Договір союзних держав із Німеччиною (Версальський договір), 1919 р.: Договір, Витяг, Міжнародний документ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_081#Text.

27. Доклад Комиссии международного права Генеральной Ассамблеи о работе ее пятьдесят восьмой сессии. URL: <http://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp4.pdf>.

28. Доклад Комиссии международного права о работе ее первой сессии с 12 апреля по 9 июня 1949 года. *Генеральная ассамблея. Официальные отчеты: четвертая сессия. Дополнение № 10.* Лейк Соксес, Нью-Йорк, 1949. 17 с.

29. Драго доктрина. *Юридична енциклопедія*: [у 6 т.] / Ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. Ред.) [та ін.]. Київ: Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998. Т. 2: Д – Й. 744 с.

30. Дульська А. Вплив практики Міжнародного Суду ООН на розвиток інституту дипломатичного захисту. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. URL: http://www.nbuv.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/Nzizvru/2011_5/p8_24.html.

31. Епифанов В. В. Правовые аспекты дипломатической защиты физических и юридических лиц. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 Москва, 2000 193 с.

32. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод, 1951 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

33. Загальна декларація прав людини. Генеральна Асамблея ООН 10 грудня 1948 року. URL: <https://www.coe.int/uk/web/compass/the-universal-declaration-of-human-rights-full-version->.

34. Задорожня Г. Поняття та умови надання дипломатичного захисту в сучасному міжнародному праві. Український часопис міжнародного права. – 2005. – № 1. – С. 59-63.

35. Иссад М. Международное частное право. / М. Иссад; Пер. с фр. А. Л. Афанасьевой, Е. Б. Гендзехадзе; Ред., послесл. М. М. Богуславского; Примеч. Л. Р. Сюкияйнена. Москва: Прогресс, 1989. 400 с.

36. Ковалев А.А., Тезикова А.В. Актуальные вопросы дипломатической защиты. *Московский журнал международного права*. 2006. № 4. С. 54–72.

37. Колодкин Р. А. К вопросу о дипломатической защите. *Московский журнал международного права*. 2007. № 1. С. 108-125.

38. II Конвенція про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов'язань. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_444.

39. Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 г. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/int_protected_persons.shtml.

40. Конвенція ООН про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_105#Text.

41. Конвенція про обмеження застосування сили у разі стягнення договірних боргових зобов'язань, 1907 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_444#Text.

42. Конвенція про порядок вирішення інвестиційних спорів між державами та іноземними особами 1965 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_060#Text.

43. Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього від 30 листопада 1973 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_149#Text.

44. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085.

45. Кондик О. П. Роль дипломатичних представництв та консульських установ у захисті прав громадян: новітні підходи. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 4. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaaui_2013_4_12.

46. Конституция Венгерской Республики, 1949 г. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/hungary.pdf>.

47. Конституция Германского рейха, 11 августа 1919 г. URL: https://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0002_wrv&object=translation&l=ru.

48. Конституция Королевства Испании, 1978 г. URL: <https://legalns.com/download/books/cons/spain.pdf>.

49. Конституція України від 28.06.1996: Закон України № 254к/96-ВР (ост. ред. 02.03.2014) // *Голос України*, 13.07.96, № 128.

50. Крилов М. А. Категорія «громадянства» як передумова дипломатичного захисту. *Правова держава*. 2017. № 26. С. 179-184.

51. Крилов М. А. Огляд міжнародної судової практики у сфері дипломатичного захисту. *Право і суспільство*. 2017. № 4. Ч. 2. С. 216-220.

52. Крилов М. А. Особливості дипломатичного захисту членів екіпажу морського судна. *Альманах міжнародного права*. 2017. № 17. С. 109-114.

53. Крилов М. А. Стадії дипломатичного захисту. *Актуальні питання державотворення в Україні*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2017 р.) В 2-х томах. Том 1. К.: ВПЦ «Київський університет», 2017. С. 156-157.

54. Крилов М. А. Щодо змісту поняття дипломатичного захисту. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 259-262.

55. Крилов М. А. Антропоорієнтована еволюція міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 6. С. 226-231.

56. Крилов М. А. Дипломатичний захист у документах та проектах міжнародних організацій. *Актуальні проблеми міжнародних відносин: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів і молодих вчених*. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин, 2016. Ч. 1. С. 108-111.

57. Крилов М. А. Дипломатичний захист: загальні правила щодо юридичних осіб. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2017. № 44. Том 2. С. 152-154.

58. Крилов М. А. Становлення та розвиток інституту дипломатичного захисту (крізь інституційні механізми ліги націй та ООН). *Правова держава*. 2020. № 38. С. 162-169.

59. Крилов М. А. Теоретичні підходи до поняття «дипломатичний захист». *Міжнародне право: De lege praeterita, instante, futura*: Матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 25 листопада 2016 р.). Одеса, 2016. С. 94-97.

60. Крылов М. А. Функциональная характеристика института дипломатической защиты. *Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку: матеріали науково-практичної заочної конференції* (м. Одеса, 20 травня 2020 р.). Херсон: «Гельветика», 2020. С. 88-92.

61. Крылов М. А. Дипломатическая защита в системе защиты прав человека. *Традиции и инновации в праве: материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию юрид. фак. и 50-летию Полоц. гос. ун-та, Новополоцк, 6–7 окт. 2017 г.: в 3 т.* Новополоцк: Полоцкий государственный университет, 2017. Т. 1. С. 236-238.

62. Крылов М. А. Институт дипломатической защиты в системе международного права. *Проблемы становления гражданского общества : сборник статей V Международной научной студенческой конференции,*

Иркутск, 24 марта 2017 г. Иркутск, 2017. Часть I. С. 152-154.

63. Крылов М.А. Общие условия дипломатической защиты юридических лиц. *Современное состояние и тенденция развития законодательства Республики Таджикистан и стран СНГ*. Материалы Четвертой Международной научной студенческой конференции, посвященной Году молодежи (Душанбе, 28 апреля 2017 г.). Душанбе РТСУ, 2017. С. 307-309.

64. Крылов М.А. Особенности и условия осуществления дипломатической защиты юридических лиц. *Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції* (18 травня 2018 р.). В 2-х томах. Том 1. К., 2018. С. 64-66.

65. Кулматов Т. Ш., Сластунина О. А. Нормативное регулирование гражданства. *Журнал российского права*. 2004. № 4. С. 118-131.

66. Лукашук И. И. Дипломатическая защита. *Право и политика*. 2000. № 8. С. 109-117.

67. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: учеб. для студентов юрид. факультетов и вузов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2005. 432 с.

68. Лукашук И. И. Право международной ответственности. Москва: Волтерс Клувер, 2004. 432 с.

69. Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/migrant.shtml.

70. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, прийнятий резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї від 16 грудня 1966 року, набув чинності 23 березня 1976, документ ООН А/6316(1966). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

71. Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права, прийнятий резолюцією 2200 А (XXI) Генеральної Асамблеї від 16 грудня 1966 року, набрав чинності 3 січня 1976, документ ООН А/6316(1966). URL: https://zakon.rada.gov.ua/go/995_042.

72. Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 1803 (XVII) от 14 декабря 1962 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_819#Text.

73. Оппенгейм Л. Международное право: Мир. Перевод с английского. Т. 1: Полут. 1 / под ред. С. Б. Крылов (предисл.); пер.: Г. Лаутерпахт. Москва: Иностр. лит., 1948. 407 с.

74. Первый доклад по вопросу о дипломатической защите, подготовленный Специальным докладчиком г-ном Джоном Р. Дугардом. ООН. A/CN.4/506/Add.1. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/414523>.

75. Положения про порядок здійснення помилювання: Указ Президента від 21.04.2015 № 223/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/223/2015#n14>.

76. Попкова А.В. Стадии и средства дипломатической защиты. *Журнал международного права и международных отношений*. 2010. № 1. URL: <http://evolutio.info/ru/journal-menu/2010-1/2010-1-popkova>.

77. Права человека и односторонние принудительные меры. Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 19 декабря 2016 года. URL: <http://www.refworld.org.ru/pdfid/588b4d594.pdf>.

78. Процедура рассмотрения сообщений о нарушении прав человека и основных свобод: Резолюция 1503 (XLVIII) Экономического и Социального Совета от 27 мая 1970 г. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_287#Text.

79. Резолюция 3171 (XXVIII) Генеральной Ассамблеи ООН «Неотъемлемый суверенитет над природными ресурсами» (17 декабря 1973 года). URL: <https://undocs.org/ru/A/RES/3171%28XXVIII%29>.

80. Резолюция Совета Безопасности ООН № 687 (1991) от 3 апреля 1991 г. «Ситуация в отношениях между Ираком и Кувейтом». URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35634502.

81. Репецкий В.М. Дипломатичне і консульське право: Підручник. – 2-е вид., перероб. і доп. Київ, 2006. 372 с.

82. Решение ЕСПЧ Банкович и другие против стран НАТО от 12 декабря 2001 г. URL: <https://roseurosud.org/r/st-1/resheniya-espch-bankovich-i-drugie-protiv-stran-nato>.

83. Римський статут Міжнародного кримінального суду, прийнятий 17 липня 1998. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text.

84. Сандровский К. К. Право внешних сношений. Киев: Вища школа, 1986. 328 с.

85. Святун О. В. Захист прав та інтересів громадян в практиці органів зовнішніх зносин України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2011. 225 с.

86. Сіваш О. М. Дипломатичний захист як форма захисту прав громадян за кордоном. *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права*: зб. наук. ст. за матеріалами І Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М. В. Яновського і В. С. Семенова, Харків, 27 листоп. 2015 р.: у 2 ч. Харків, 2015. Ч. 1. С. 177–185.

87. Совгиря О. В., Шукліна Н. Г. Конституційне право України. Повний курс : навч. посіб. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2012. 544 с.

88. Соди́ков Ш. Д. Институт дипломатической защиты в современном международном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 / Ш. Д. Соди́ков. Москва, 2011. 29 с.

89. Справа «Бомартен проти Франції» (Beaumont v. France), рішення від 24 листопада 1994 року (серія А, № 296-B). // Ефективність рішень Європейського суду з прав людини, або справи, розглянуті з 1959 по 1998 рік (Effects of Judgments or Cases 1959-1998). URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=112>.

90. *Статут Організації Об'єднаних Націй*, Прийнятий в Сан-Франциско 26 червня 1945 року, вступив в чинності 24 жовтня 1945 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

91. Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, 2001 г. URL:

https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/responsibility.pdf.

92. Тексты проектов статей о дипломатической защиты. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/A/61/10>.

93. Усенко Е.Т. Проблемы экстерриториального действия национального закона. *Московский журнал международного права*. 1996. № 2. С. 13–31.

94. Федчишин С. А. Дипломатичне представництво України за кордоном: сучасні проблеми організації та правового забезпечення : [монографія] / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. Н. П. Матюхіної. – Харків : видавництво «ФІНН», 2011. 264 с.

95. Фердросс А. Международное право. / Под ред. Г. И. Тункин (Предисл.); пер. с немецкого: Кублицкий Ф. А., Нарышкина Р. Л. Москва: Иностр. лит., 1959. 652 с.

96. Хартия экономических прав и обязанностей государств. Принята резолюцией 3281(XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1974 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rights_and_duties.shtml.

97. Черниченко С.В. Личность и международное право. Москва: Международные отношения, 1974. 166 с.

98. Шкілевич В.О. Новітні тенденції розвитку в міжнародному праві дипломатичного захисту та практика України. *Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України* / за ред. В.Н. Денисова. – Київ: Юстініан, 2006. 672 с.

99. Шуміленко А. П. Сучасна міжнародно-правова практика здійснення функцій дипломатичних представництв *Публічне право*. 2013. № 3. С. 119-126.

100. Юмашев Ю. М. Правовое регулирование прямых иностранных капиталовложений в ЕЭС. Москва: Наука, 1988. 128 с.

101. Яковлев А. А. Использование термина «гражданство» в международном и внутригосударственном праве: сравнительный анализ. *Международное публичное и частное право*. 2002. № 3(7). С. 9-14.

102. 22 U.S. Code § 1732 – Release of citizens imprisoned by foreign governments. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/1731>.

103. Abbasi and Another, Regina (on the Application of) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Office and others: CA 10 Sep 2002. URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f52c94e0775e7ef153#>.
104. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo). ICJ. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/103>.
105. Algiers Accords, January 19, 1981. Agreement between Iran and the U.S. to resolve the hostage situation. *International Legal Materials*. 1981. Vol. XX. P. 230-233. URL: http://www.parstimes.com/history/algiers_accords.pdf.
106. Amador G. Second Report to the ILC. Yearbook of the International Law Commission. 1957. Vol. 2. P. 112-16.
107. Amador G. State Responsibility Some New Problems. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 9. URL: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789028613126_04.
108. Amador G., Sohn L. B., Baxter R. R. Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens. Martinus Nijhoff Publishers, Oct 30, 1974. 402 p.
109. Amerasinghe C. F. Dispute Settlement by International Organizations. *Indonesian Journal of International Law*. 2003. Vol. 43. P. 409–444.
110. Amerasinghe C. F. Local Remedies in International Law. 2nd edition. Cambridge University Press, 2004. 482 p.
111. Amerasinghe C. F. Principles of the Institutional Law of International Organizations, Second Revised Edition. Cambridge University Press, 2005. 522 p.
112. Amerasinghe C. F. State Responsibility for Injuries to Aliens. London: Clarendon Press; Oxford University Press. 1967. 324 p.
113. Amerasinghe C. F. The Historical Development of International Law – Universal Aspects. *Archiv des Völkerrechts*. 2001. Vol. 39. Bd., No. 4. P. 367-393.
114. Andean Subregional Integration Agreement "Cartagena Agreement", 1969. URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/asiaca/trt_asiaca.pdf.
115. Arbitration Tribunal: Award in the Matter of an Arbitration Between Kuwait and the American Independent Oil Company (AMINOIL). March 24, 1982.

URL: https://www.trans-lex.org/261900/_/ad-hoc-award-kuwait-v-the-american-independent-oil-company-21-ilm-976/

116. Babcock S. The Role of International Law in United States Death Penalty Cases. *Leiden Journal of International Law*. 2002. Vol. 15. P. 367-387.

117. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962). Separate opinion of Judge Jessup. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5401.pdf>.

118. Bennouna M. Preliminary Report on Diplomatic Protection / Mohamed Bennouna, Special Rapporteur. 4 February 1998. A/CN.4/484. URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_484.pdf.

119. Bollecker-Stern B. Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale / Brigitte Bollecker-Stern. Paris: A. Pedone, 1973. 382 p.

120. Borchard E. M. Diplomatic Protection of Citizens Abroad: or the Law of International Claims. New York. The Banks Law Publishing Company. 1915. 988 p.

121. Bowett D. W. Self-Defense in International Law. By D. W. Bowett. New York: Frederick A. Praeger, 1958. 294 p.

122. Brierly J. The Theory of Implied State Complicity in International Claims. *British Yearbook of International Law*. 1928. Vol. 9. P. 42–49.

123. Brownlie I. International Law and the Use of Force by States. New York and London: Oxford University Press, 1963. 532 p.

124. Brownlie I. Principles of Public International Law. Fourth Edition. – Oxford, Clarendon Press, 1990. 735 p.

125. Case Concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of March 31, 2004, ICJ (General List No. 128). URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/128/judgments>.

126. Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium). 14 February 2002. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/121>.

127. *Case on the Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. USA)*, Provisional Measures, Order of 9 April 1998. ICJ Reports, 1998. URL:

<https://www.icj-cij.org/en/case/99/provisional-measures>.

128. Charles de Visscher. Notes sur la responsabilité internationale des États et la protection diplomatique d'après quelques documents récents. *Revue de droit international et de législation comparée*, 3rd series. 1927. Vol. VIII. P. 245–272.

129. Claim of Finnish shipowners against Great Britain in respect of the use of certain Finnish vessels during the war (Finland, Great Britain). *Reports of International Arbitral Awards*. 9 May 1934. Vol. III. P. 1479-1550.

130. Condorelli L. L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique *La Protection Diplomatique: Mutations contemporaines et pratiques nationales* / en Flauss, Jean-François (dir.), Brussels, Nemesis-Bruylant, 2003.

131. Council Directive (EU) 2015/637 of 20 April 2015 on the coordination and cooperation measures to facilitate consular protection for unrepresented citizens of the Union in third countries and repealing Decision 95/553/EC. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0637>.

132. Crawford J. The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Texts and Commentaries, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

133. Cuthbert J. Nationality and Diplomatic Protection. The Hague, A.W. Sijthoff-Leyden, 1969. P. 193-195.

134. D'Angelo J. R. Resort to Force by States to Protect Nationals: The US Rescue Mission to Iran and its Legality under International Law. *Virginia Journal of International Law*. 1981. Vol. 21.

135. Daillier P., Pellet A. Droit International Public. / Patrick Daillier; Alain Pellet; Mathias Forteau; Daniel Müller., Nguyen Quoc Dinh, (7th edition). Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2002. 1455 p.

136. Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (1981). *American Journal of International Law*. 1981. Vol. 77.

137. Deen-Racsmány Z. Diplomatic Protection and the LaGrand Case.

Leiden Journal of International Law. 2002. Vol. 15. P. 87-103.

138. Denmark v Turkey, Application No 34382/97, Judgement of 8 June 1999. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-4644&filename=001-4644.pdf&TID=thkbhnilzk>.

139. Dinh N. Q. *Droit international public*. Edited by Patrick Daillier and Alain Pellet . 6th Edition. Paris: L.G.D.J. Montchrestien, 1999. 1455 p.

140. Dinstein Y. *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge: Cambridge University Press, 4th Edition, 2005. 376 p.

141. Doc. A/CN.4/318/Add.5-7. Addendum – Eighth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – the internationally wrongful act of the State, source of international responsibility (part 1). State responsibility. Extract from the Yearbook of the International Law Commission. 1980, vol. II (1). URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_318_add5_7.pdf.

142. Dolzer R. Diplomatic protection of Foreign Nationals. *Encyclopedia of Public International Law* / Bernhardt Rudolf (dir.). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Vol. I. P. 1067-1070.

143. Dominicé C. *Regard Actuel sur la Protection Diplomatique*. Liber Amicorum Claude Reymond Autour de l'Arbitrage. Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2004. 7381 p.

144. Draft articles on Diplomatic Protection. Official Records of the General Assembly. 2006. Sixty-first Session. Supplement No. 10 (A/61/10). 5 p. URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf.

145. Dubouis L. La distinction entre le droit de l'état réclamant et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique. *Revue critique de droit international prive*. 1978. Vol. LXVII, 4. P. 615–640.

146. Dunn F. Sh. *The Diplomatic Protection of Americans in Mexico*. New York: Columbia University Press. 1933. 439 p.

147. Dunn F. Sh. *The Protection of Nationals; A Study in the Application of International Law*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1932. 223 p.

148. Eagleton C. The Responsibility of States in International Law. By Clyde. New York: New York University Press, 1928. 291 p.
149. Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.), 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17 (Sept. 13). Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 17; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1928. URL: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1.htm.
150. Frelinghuysen, Secretary, etc., v. United States ex rel. Key. United States ex rel. La Abra Silver Mining Co. v. Frelinghuysen, Secretary, etc. Supreme Court. URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/110/63>.
151. Geck W. K. Diplomatic Protection. *Encyclopedia of Public International Law*. 1992. Vol. 1. P. 1054-1055.
152. Geoffrey Marston. United Kingdom Materials on International Law. Organs of the State-protecting Powers. *British Yearbook of International Law*. 1989. Vol 67. P. 632.
153. Greig D. W. International Law. 2nd edition. London: Butterworths, 1976. 919 p.
154. Guerrero Report adopted by the Sub-Committee of the League of Nations Committee of Experts. Yearbook of the International Law Commission. 1956. Vol. 2. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf.
155. Guha Roy S. N. Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law? *American Journal of International Law*. 1961. Vol. 55. P. 863-891.
156. Hackworth G. H. Digest of International Law. By Green Haywood Hackworth. Vol. V. Washington: Government Printing Office, 1943.
157. Higgins R. Problems and Process: International Law and How we Use It. Oxford, Clarendon Press, 1994. 266 p.
158. Hughes K. D. Hostages' rights: the unhappy legal predicament of an American held in foreign captivity. *Columbia Journal of Law and Social Problems*. 1993. Vol. 26, No. 4.
159. Interhandel (Switzerland v. United States of America). International

Court of Justice. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/34/judgments>.

160. International Adjudications: Ancient and Modern History and Documents / Ed. by J. B. Moore. *Modern Series*. Vol. I. New York, 1929.

161. International Adjudications: Ancient and Modern History and Documents / Ed. by J. B. Moore. *Modern Series*. Vol. II. New York, 1930.

162. International Adjudications: Ancient and Modern History and Documents / Ed. by J. B. Moore. *Modern Series*. Vol. III. New York, 1930.

163. International Adjudications: Ancient and Modern History and Documents / Ed. by J. B. Moore. *Modern Series*. Vol. IV. New York, 1931.

164. International Court of Justice. Annual Reports. URL: <https://www.icj-cij.org/en/annual-reports>.

165. International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens. Edited by Richard B. Lillich. Charlottesville: University Press of Virginia, 1983. 412 p.

166. International law opinions. by Lord [Arnold D.] McNair. New York: Cambridge University Press, 1956. Vol. I: Peace. 380 p.

167. International law opinions. by Lord [Arnold D.] McNair. New York: Cambridge University Press, 1956. Vol. II: Peace. 415 p.

168. International law opinions. by Lord [Arnold D.] McNair. New York: Cambridge University Press, 1956. Vol. III: War and Neutrality. 436 p.

169. International protection of human rights and victim's rights. J. F. Flauss, editor. Brussels: Bruylant; 2009.

170. Jessup Ph. C. A Modern Law of Nations: An Introduction. New York: The Macmillan Company, 1956. 236 p.

171. Joseph C. Nationality and Diplomatic Protection. The Commonwealth of Nations. Leyden: A. W. Sijthoff, 1969. 256 p.

172. Kokott J., Report on "The Exhaustion of Local Remedies". London Conference, International Law Association Reports, 2000. P. 604-654.

173. Krylov M. A. Some Issues on the Exercising of Diplomatic Protection in the Practice of the International Court of Justice: the Nottebohm Case. *Leges Viata*. 2017. № 9/2. C. 73-76.

174. L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States. Reports of International Arbitral Awards. 15 October 1926. Vol. IV. P. 60-66. URL: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf.

175. *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*, Judgment, ICJ Reports 2001. URL: <https://www.icj-cij.org/en/case/104/judgments>.

176. Lauterpacht E. Individual Rights and the State in Foreign Affairs: An International Compendium (with John G. Collier). New York and London: Praeger Publications, 1977. P. 498-545.

177. Lee L. T. Consular Law and Practice (2d ed.). Oxford: Clarendon Press, 1991. 645 p.

178. Leigh G. I. F. Nationality and Diplomatic Protection. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1971. Vol. 20, No. 3. P. 453-475.

179. Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic. / Ad Hoc Tribunal (Draft Convention on Arbitral Procedure, ILC 1958). URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-libyan-american-oil-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-award-tuesday-12th-april-1977>.

180. Lillich R. B. The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law under Attack. *American Journal of International Law*. 1975. Vol. 69. Issue 2. P. 359-365.

181. Lillich R. B. The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law. By Richard B. Lillich. Manchester: Manchester University Press. 1984. 177 p.

182. Lowe A., Warbrick C., Lowe V. II. Diplomatic Law: Protecting Powers. *International and Comparative Law Quarterly*. 1990. Vol. 39. P. 471-474.

183. Malenovsky J. La pratique de la protection diplomatique dans les P.E.C.O., en République tchèque en particulier. *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales* / dans Jean-François Flauss (dir. publ.). Bruxelles, Bruylant, 2003.

184. Mann F. The Protection of Shareholders' Interests in the Light of the

Barcelona Traction Case. *American Journal of International Law*. 1973. Vol. 67(2). P. 259-274.

185. Mary I. Coombs, Kaunda v. President of the Republic of South Africa. Case CCT 23/04. 2004 (10) BCLR 1009, reprinted in 44 ILM 173 (2005), at Constitutional Court of South Africa, August 4, 2004., 99 Am. J. Int'l L. 681 (2005).

186. Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v Great Britain) (1924 - 27) / Permanent Court of International Justice. 1924. Ser. A. № 2. Series A: Collection of Judgments (1923-1930). URL: <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>.

187. McCready (U.S. v. Mexico). In: *Moore J. B. International Arbitrations*. Vol. 3. P. 25-36.

188. Moore J. B. A Digest of International Law. Front Cover. John Bassett Moore. U.S. Government Printing Office, 1906. 476 p.

189. Nanda V. The Validity of United States Intervention in Panama under International Law. *American Journal of International Law*. 1990. Vol. 84. P. 494-503.

190. North American Free Trade Agreement, NAFTA 1992. URL: <https://www.trade.gov/north-american-free-trade-agreement-nafta>.

191. Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala): International Court of Justice Judgment (1955). *ICJ Reports*. 1955. № 1. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>.

192. O'Connell D. International Law. London, Stevens, 2nd ed., 1970. 714 p.

193. *Official Records of the General Assembly, 53rd Session, Supplement No. 10(A / 53/10)* (1998), Report of the International Law Commission on the work of its 50th session, par. 74.

194. Oppenheim's International Law. Vol. I, Peace (2 vols.) (9th ed.). Edited by Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts. Burnt Mill: Longman, 1992. 1133 p.

195. Panevezys-Saldutiskis Railway (Est. v. Lith.), 1938 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 75 (Order of June 30). Publications of the Permanent Court of International Justice Series A./B. No. 75; Collection of Judgments, Orders and Advisory Opinions

A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1938. URL: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.30_panevezys-saldutiskis.htm.

196. Panevezys-Saldutiskis Railway Case (Estonia v. Lithuania), Judgment of February 28th, 1939: PCIJ Reports, Series A/B, No. 76.

197. Payment of Various Serbian Loans Issued in France (Fr. v. Yugo.), 1929 P.C.I.J. (ser. A) No. 20 (July 12). Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 20/21; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1929. URL: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm.

198. Pellet A. Human Rightism and International Law. *Italian Yearbook of International Law*. 2001. Vol. X. P. 3-16.

199. Permanent Court of International Justice. Series A: Collection of Judgments (1923-1930). URL: <https://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>.

200. Pound R. Philosophical Theory and International Law: Lecture Delivered in the University of Leiden. / by Roscoe Pound. Brill, 1923. 90 p.

201. Proceedings of the American Society of International Law at its 65-th Annual Meeting, Washington, D. C, April 29-May 1, 1971. Seventh Session, Saturday, May 1, 1971. Round Table: Toward More Adequate Diplomatic Protection of Private Claims: "Aris Gloves", "Barcelona Traction", and Beyond. *American Journal of International Law*. 1971. Vol. 65. № 4. P. 333-365.

202. Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_ing.pdf.

203. Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments within MERCOSUR 1994 року до Договору про створення МЕРКОСУР. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3120/mercosur-investment-protocol-intra->.

204. Provisional Rules for Claims Procedure, approved by the UNCC's

Governing Council at the 27th meeting, 6th session held on June 26, 1992, S/AC.26/1992/10. URL: <https://uncc.ch/sites/default/files/attachments/S-AC.26-DEC%2010%20%5B1992%5D.pdf>.

205. Przetacznik J. The Protection of Individual Persons in Traditional International Law (Diplomatic and Consular Protection). *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1971. Vol. 21.

206. Randelzhofer A., Tomuschat C. State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

207. Repertory of International Arbitral Jurisprudence / V. Coussirat-Coustère, P.M. Eisemann, eds. Vol. I, 1794–1918. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1989. 546 p.

208. Repertory of International Arbitral Jurisprudence / V. Coussirat-Coustère, P.M. Eisemann, eds. Vol. II, 1919–1945. Dordrecht: Martinus Nijhoff. 1989. 872 p.

209. Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session, 20 April – 12 June and 27 July – 14 August 1998, Doc. A/51/10) (1996). Official Records of the General Assembly, Fifty-third session, Supplement No. 10. *Extract from the Yearbook of the International Law Commission*. 1998. Vol. II(2). URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_53_10.pdf.

210. Report of the International Law Commission on the work of its forty-ninth session, 12 May – 18 July 1997, Official Records of the General Assembly, Fifty-second session, Supplement No. 10. Doc. A/52/10. *Extract from the Yearbook of the International Law Commission*. 1997. Vol. II (2). URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_52_10.pdf.

211. Ress G. La pratique allemande de la protection diplomatique. *La Protection diplomatique*. Bruylant: Mutations contemporaines et pratiques nationales, 2003. P. 121-151.

212. Reuter P. Quelques Remarques Sur la Situation Juridique des Particuliers en Droit International Public. *La Technique et les Principes du Droit*. P.

535-552. URL: <https://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/03/Reuter-Mel-Scelle.pdf>.

213. Ronzitti N. *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*. Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1985. 216 p.

214. Rousseau Ch. *Droit international public*. Paris: Edité par Recueil Sirey, 1953. 752 p.

215. Scelle G. *Droit de la Paix. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 1933. Vol. 46. P. 660-661.

216. Schwarzenberger G. *International Law*. Vol. 1. 3 ed. London, Stevens and Sons Ltd., 1957.

217. *Selections from Three Works: A Treatise on Laws and God the Lawgiver / A Defence of the Catholic and Apostolic Faith / A Work on the Three Theological Virtues: Faith, Hope and Charity*. Indianapolis, IN, United States, 2016. 1110 p.

218. *Selmouni v. France*, 25803/94, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 July 1999. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b70210.html>.

219. Sen B. *A Diplomat's Handbook of International Law and Practice*. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff; Norwell, Ma., USA: Sold and distributed in the US and Canada, Kluwer Boston, 1988. 522 p.

220. *Separate Opinion of Judge Jessup*. URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5401.pdf>.

221. Shaw M. N. *International Law*. Sixth Edition. Cambridge University Press, 2008. 1542 p.

222. Shea D. R. *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955. 340 p.

223. *Soering v. The United Kingdom*, 1/1989/161/217. Council of Europe: European Court of Human Rights, 7 July 1989. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fec.html>.

224. Sohn L. B. The New International Law: Protection of the Rights of the Individuals Rather than States. *American University Law Review*. 1982. Vol. 32. P. 1-64.

225. Stein C. Diplomatic Protection under the European Union Treaty. *International Law Association Reports of Seventieth Conferences*. 2002.

226. Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic: international arbitration; preliminary award and award on the merits. https://www.trans-lex.org/261700/_/texaco-overseas-petroleum-company-v-the-government-of-the-libyan-arab-republic-yca-1979-at-177-et-seq/

227. The Islamic Republic of Iran v. The United States of America / IRAN-U.S. C.T.R. IUSCT Case No. B1. URL: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-islamic-republic-of-iran-v-the-united-states-of-america-award-counterclaim-award-no-itl-no-83-b1-ft-thursday-9th-september-2004>.

228. The M/V “Saiga” (No. 2) case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea). Judgment, ITLOS Reports 1999. Vol. 3.

229. The protection of corporate investments abroad in the light of the Barcelona traction case. By Caflisch, Lucius. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Stuttgart; Berlin. 1971. Vol. 31. P. 162-196.

230. The Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations Advisory Opinion: ICJ Reports 1949. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>.

231. The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law. Advisory Opinion OC-16/99 of October 1, 1999. Inter-American Court of Human Rights. Series A No. 16. URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_ing.pdf.

232. Tiburcio C. The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2001. 318 p.

233. Vermeer-Künzli A. Restricting Discretion: Judicial Review of Diplomatic Protection. *Nordic Journal of International Law*. 2006. Vol. 75. Issue 2. P. 279–307.

234. Visscher Ch. Theory and Reality in Public International Law. Princeton: Princeton University Press, 1957. 382 p.
235. Waldock H. M. The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 81. URL: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789028611825_05.
236. Watts A. D. The Protection of Aliens Seamen. *The International and Comparative Law Quarterly*. London. 1958. Vol. 7, part 4. P. 691-711.
237. Weis P. Nationality and Statelessness in International Law. 2 ed. Alphen aan den Rijn, 1979. 337 p.
238. Weis P. Diplomatic protection of nationals and international protection of human rights (The question of third party determination of alleged violations of human rights). *Human Rights Journal*. 1971. Vol. IV.
239. Whiteman M. Damages in International Law. Washington: Government Printing Office, 1937. Vol. I. Pp. 826 Vol. II, p. 827–1549.
240. Wyler Eric. La regie dite de la continuite de la nationality dans les contentieux intemationales. Geneve. Paris, 1990. P. 9-11.
241. Yearbook of the International Law Commission 1956 Volume I. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v1.pdf.
242. Yearbook of the International Law Commission 1956 Volume II. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1956_v2.pdf.
243. Yearbook of the International Law Commission 1957 Volume I. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1957_v1.pdf.
244. Yearbook of the International Law Commission 1957 Volume II. URL: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1957_v2.pdf.
245. Young J. M. Torture and Inhumane Punishment of United States Citizens in Saudi Arabia and the United States Government's Failure to Act. *Hastings International and Comparative Law Review*. 1993. Vol. 16. P. 663–687.

ДОДАТКИ

Додаток А

СПИСОК ПУБЛІКАЦІЙ ЗДОБУВАЧА

Наукові праці, в яких відображено основні наукові результати дисертації:

1. Крилов М. А. Антропоорієнтована еволюція міжнародного права та її вплив на зміст дипломатичного захисту. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. № 6. С. 226-231.
2. Крилов М. А. Становлення та розвиток інституту дипломатичного захисту (крізь інституційні механізми ліги націй та ООН). *Правова держава*. 2020. № 38. С. 162-169.
3. Krylov M. A. Some Issues on the Exercising of Diplomatic Protection in the Practice of the International Court of Justice: the Nottebohm Case. *Leges et Viata*. 2017. № 9/2. С. 73-76.
4. Крилов М. А. Дипломатичний захист: загальні правила щодо юридичних осіб. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2017. № 44. Том 2. С. 152-154.
5. Крилов М. А. Категорія «громадянства» як передумова дипломатичного захисту. *Правова держава*. 2017. № 26. С. 179-184.
6. Крилов М. А. Огляд міжнародної судової практики у сфері дипломатичного захисту. *Право і суспільство*. 2017. № 4. Ч. 2. С. 216-220.
7. Крилов М. А. Щодо змісту поняття дипломатичного захисту. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 259-262.
8. Крилов М. А. Особливості дипломатичного захисту членів екіпажу морського судна. *Альманах міжнародного права*. 2017. № 17. С. 109-114.

Наукові праці, які засвідчують апробацію матеріалів дисертації та додатково відображають наукові результати дисертації:

1. Крылов М. А. Функциональная характеристика института

дипломатической защиты. *Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку*: матеріали науково-практичної заочної конференції (м. Одеса, 20 травня 2020 р.). Херсон: «Гельветика», 2020. С. 88-92.

2. Крылов М.А. Особенности и условия осуществления дипломатической защиты юридических лиц. *Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (18 травня 2018 р.). В 2-х томах. Том 1. К., 2018. С. 64-66.

3. Крылов М.А. Общие условия дипломатической защиты юридических лиц. *Современное состояние и тенденция развития законодательства Республики Таджикистан и стран СНГ*. Материалы Четвертой Международной научной студенческой конференции, посвященной Году молодежи (Душанбе, 28 апреля 2017 г.). Душанбе РТСУ, 2017. С. 307-309.

4. Крылов М. А. Дипломатическая защита в системе защиты прав человека. *Традиции и инновации в праве*: материалы междунар. науч.-практ. конф., посвящ. 20-летию юрид. фак. и 50-летию Полоц. гос. ун-та, Новополоцк, 6–7 окт. 2017 г.: в 3 т. Новополоцк: Полоцкий государственный университет, 2017. Т. 1. С. 236-238.

5. Крилов М. А. Стадії дипломатичного захисту. *Актуальні питання державотворення в Україні*: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (19 травня 2017 р.) В 2-х томах. Том 1. К.: ВПЦ «Київський університет», 2017. С. 156-157.

6. Крылов М. А. Институт дипломатической защиты в системе международного права. *Проблемы становления гражданского общества* : сборник статей V Международной научной студенческой конференции, Иркутск, 24 марта 2017 г. Иркутск, 2017. Часть I. С. 152-154.

7. Крилов М. А. Дипломатичний захист у документах та проектах міжнародних організацій. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції студентів, аспірантів і молодих вчених. Київ: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Інститут міжнародних відносин, 2016. Ч. 1. С. 108-111.

8. Крилов М. А. Теоретичні підходи до поняття «дипломатичний захист». *Міжнародне право: De lege praeterita, instante, futura*: Матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції (Одеса, 25 листопада 2016 р.). Одеса, 2016. С. 94-97.

ВІДОМОСТІ ПРО АПРОБАЦІЮ РЕЗУЛЬТАТІВ ДИСЕРТАЦІЇ

1. Міжнародна науково-практична конференція «Міжнародне право: *De lege praeterita, instante, futura*» (Одеса, 25 листопада 2016 р.).
2. Міжнародна науково-практична конференція студентів, аспірантів і молодих вчених «Актуальні проблеми міжнародних відносин» (Київ, 2016 р.).
3. Міжнародна науково-практична конференція «Проблеми становлення громадянського суспільства» (Іркутськ, 24 березня 2017 р.).
4. Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні питання державотворення в Україні» (Київ, 19 травня 2017 р.).
5. Міжнародна науково-практична конференція «Традиції і новації в праві» (Полоцьк, 6 – 7 жовтня 2017 р.).
6. Міжнародна науково-практична конференція «Сучасний стан і тенденція розвитку законодавства Республіки Таджикистан та країн СНД» (Душанбе, 28 квітня 2017 р.).
7. Міжнародна науково-практична конференція «Актуальні питання розвитку юридичної науки та практики» (Київ, 18 травня 2018 р.).
8. Науково-практична заочна конференція «Правова система України в умовах новітніх викликів міжнародного порядку» (м. Одеса, 20 травня 2020 р.).